Códigos del Derecho Penal

Por Olga Osechas

Códigos del Derecho Penal

Por Olga Osechas

Edición Digital
Para su Distribución Gratuita

Depósito Legal

ISBN Nro: 978-980-18-2879-9

Editado en Caracas 2022
Por Olga Osechas.

Actualmente Jueza Municipal de la Jurisdicción Ordinaria en el circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

Comisionada Regional para la Celeridad Procesal del Ministerio Para Interior y Justicia, hoy Ministerio del Poder Popular para Interior Justicia y Paz en el año 2.003, en el Estado Carabobo.

Consultora Jurídica de importantes instituciones como la Fundación Solidaridad del Estado Yaracuy, Agencia Bolivariana de Noticias, Fundación Estación Piscícola San Fernando, Estado. Apure. Instituto Autónomo de Salud del Estado Apure.

Coordinadora de la Casa Municipal de la Mujer Alcaldía del Municipio Libertador, Caracas.

Gerente de Estrategia de la Fundación Red de Arte del Ministerio del Poder Popular para la Cultura.

Activista Social y Defensora de Derechos Humanos de la Parroquia San Agustín en la Ciudad de Caracas

<u>Otros títulos publicados:</u>
Código Orgánico Procesal Penal 2021
Breves Notas, Jurisprudencia y Legislación Relacionada

Indice General

CAPITULO I
UN MUNDO PELIGROSO

Temor 23
Peligro 24
Vida 24
Seguridad 26
Pánico Moral 27
Inseguridad 28

CAPITULO II
DE LAS TEORÍAS QUE HACEN DOGMA PENAL

Teoría Clásica Del Derecho Penal 31
Teoría Positivista Del Derecho Penal 40
Teoría Marxista Del Derecho Penal 45
Teoría Crítica Del Derecho Penal
Y Criminología Crítica 49
Teoría Abolicionista Del Derecho Penal 57

CAPITULO III
DELITO

Que debemos entender por concepto jurídico 59
Sistemas teóricos 60
Evolución de la Teoría del Delito 61
Delito definición jurídica 63
Acto humano 64
Nexo de causalidad. 65
Del Causalismo al Finalismo hasta el Funcionalismo 65
Típico 67
Antijurídico 68
Culpabilidad e Imputabilidad 69
Pena 70
Otros Conceptos de delito 71
Pecado 72
Lo malo. 72

CAPITULO IV
QUE PENA NOS DAN LOS DELITOS

Sobre la pena y el cristal con que se mira 74

Teorías de la Pena 77
Teoría Retribucionista o Clásica de la Pena 77
Teoría Finalista de la Pena 78
Teoría Garantista de la Pena 78
Teoría Marxista de la Pena 79
La Pena en el Derecho Venezolano 79
Posibilidad de avance 82
Teoría del Hado 84
Del Sujeto Activo del Delito 86
El Destino o Hado 87
Paradigma jurídico del hado o destino 88
Paradigma jurídico de la sanción penal 88
Sentencia al Aislamiento Social 89
De las condiciones del aislamiento 89
Sentencia a un nuevo destino 90
Ejemplificación de propuesta normativa 93
Ventajas y Oportunidades 94

CAPITULO V
DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

El tiempo y el lugar 97
De la retroactividad de la Ley Penal 98
De los límites espaciales de la ley penal 100
De la extraterritorialidad de la Ley Penal 106
Extradicción 108

CAPITULO VI
DE LAS PENALIDADES

¿Sanción? 111
Carácter de la pena 111
Clasificación de la Pena 112
Diferencias entre la pena de Prisión y la Presidio 114
Del Término Medio de la Pena 115
Formula 116

CAPITULO VII
DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

Las Cosas Pasan 117
Sobre la Ignorancia de la ley. 118

De la Responsabilidad Penal 120
¿Como ser responsables penalmente? 120
Dolo 121
Tipologías del Dolo 121
Culpa 122
Medir la intención 122
La Preterintencionalidad 123
Terriblemente Hermosa 123
Sobre la Embriaguez 124
De la Autoridad 125
De la Autorización 126
Defensa Propia 127
No poder 128
De las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal 128
La Rabia y el Dolor 129
Error en la víctima 130
De la vejez 130
De la Tentativa y del Delito Frustrado 131
De las formas de participación en el Delito 133
Había una vez: un gentío. 133
Coautoría 133
Instigación 134
Complicidad 134
De la Complicidad Correspectiva 135
Multiplicidad de Victimas 136
Concurso Ideal de Delitos 137
Me tropecé de nuevo con la misma piedra 137
Pena máxima 138

CAPITULO VIII
COMO TERMINA TODO

Nada es para siempre 139
Te perdono todo 140
Si no hay suerte. 140
Sobre la Prescripción 141
Suspensión de la Prescripción 145
De la Prescripción Judicial 146
Finalizar por el principio: Antecedentes Penales 146

Prólogo

Presento una oportunidad para el debate, para la esperanzada jornada de aquellos que transitan el derecho como un hábito de vida. Esta obra es una reflexión crítica del Derecho Penal en su llamada Parte General, debo insistir que no es un manual de la parte general del derecho penal, y por tanto no nos hemos detenido a profundizar en teorías conceptos, preconceptos, postconceptos, clasificaciones y casos atípicos que mezclan todo lo anterior, como tanto agrada a muchos y muy insignes teóricos del derecho objeto de nuestro estudio, no es un libro de referencia en términos académicos, pero sin duda podría informar un poco a quien quiera asomarse por la ventana de este saber. Es un texto para la revolución judicial, para avanzar hacia nuevas formas de entender el derecho, libre de algunas predisposiciones académicas que tanto daño nos han hecho.

Olga
Octubre de 2022

...me encuentro en un conflicto, entre el deseo de corresponder a la confianza con que Vd. me favorece y el impedimento de satisfacerla, tanto por la falta de documentos y libros cuanto por los limitados conocimientos que poseo de un país tan inmenso, variado y desconocido como el Nuevo Mundo…

Bolívar

Decodificación

Lo esencial es invisible a los ojos
Antoine de Saint-Exupéry

Un código, es también un secreto, uno que todos ven pero pocos conocen. Así en el mundo existen muchas cosas que parecen ser una cosa y son otra, y no pocas veces, esas cosas están tan arraigadas en nuestro modo de percibir el mundo que no podemos darnos cuenta que llevamos puestos lentes que jamás necesitamos.

El derecho es un filtro para ver la realidad, parece decirnos lo que está bien y lo que está mal, lo que debemos y no debemos hacer: en muchos países por ejemplo la homosexualidad fue un delito hasta hace muy poco tiempo (en otros lo sigue siendo), en Inglaterra se despenalizó parcialmente recién en 1967 y totalmente el 1 de mayo de 2004 con la vigencia de la *Sexual Offences Act 2003*. Las personas con más de sesenta años vivas a la fecha de publicación de esta obra, no sólo conocieron los discos de 33 y 45 revoluciones, el cassette, el CD, el BluRay, y la música mp3, también han vivido la persecución y condena legal a las personas con orientación sexual no heterotípica, hasta su aceptación y reconocimiento legal. Lo malo se hizo bueno en una sola vida; un joven varón en los sesenta, se sentía con derecho a golpear a otro por ser homosexual, y el golpeado no podía hacer nada, no podía ir a la policía, porque él era un delincuente en su sola condición existencial. Hoy sería en extremo escaso que un joven golpeé a otro por esta específica razón, o le niegue su amistad, y si lo hiciese el agresor sería juzgado penalmente. Podemos creer lo que queramos: que el cambio en las leyes, es producto de la evolución social hacia sociedades más humanas y justas, o que está invariablemente vinculada a los procesos y modos de producción económicos. Siguiendo con el ejemplo, que pasó con los LGTBI, ¿la sociedad se hizo más humana, tolerante, sabia, o se

convirtieron en un mercado de consumidores demasiado importante para relegarlos?.

El cristal para ver el mundo que es el derecho, no sólo se limita a plantear que es bueno y malo, qué podemos aceptar y que no, también nos dice como resolver los conflictos, que surgen de nuestro relacionamiento social en el marco de ese derecho: como ceder, exigir, convenir, y también nos dice cuales son las consecuencias de nuestros actos. Lo que en principio parece ser muy neutral y hasta necesario, quizás no lo sea tanto, porque de un modo u otro también nos dice como pensar, y eso a nadie le gusta. Por ejemplo, ¿será natural que toda ofensa social implique un castigo una pena?, ¿eso será normal?. Mucha gente respondería que si: pensamos que el castigo es necesario: *si robas vas preso.* Eso lo enseña el derecho. Y finalmente eso pensamos, incluso sin preguntarnos si eso evitará que nos roben de nuevo, si cuando salga libre esa persona no volverá a robar, si eso soluciona el problema o lo agrava, si en algún lugar del mundo los presos realmente cambian su conducta, o si de verdad eso ha sido toda la vida así. Total no importa: si me robas vas preso.

El derecho nos hace pensar así, porque el derecho nos enseña muchas cosas simultáneamente nos enseña sobre la propiedad privada, sobre la exclusividad del uso goce y disfrute de una cosa: eso es mio y solamente mío. Bueno contra eso no se puede, habría que enseñar a las personas otras cosas como hacen algunas culturas africanas, donde las tradiciones morales tienen mayor peso y la solidaridad y la idea de compartir son las reglas más respetadas. Hay lugares en donde si una persona comete lo que aquí llamaríamos un delito un hurto por ejemplo, la comunidad entera, lo convoca, le preguntan sobre la necesidad de hacer eso, le obsequian lo hurtado, y le obsequian incluso otras cosas, no lo premian sino que le recuerdan que forma parte de una comunidad, que esa persona tiene valor, y que lo que hizo no era necesario, es verdad que alguno de esos lugares son comunidades aisladas, primitivas si las prefiere llamar así, pero muchos otros de esos lugares no son tan lejanos como esas salvajes tribus africanas, son también hogares como el suyo y el mio, donde si un miembro de la familia hace algo indebido se le alecciona en vez de castigarlo y no pocas veces además de aleccionarlo, (quizás por la enseñanza del derecho le dan sus buenos cuerazos o chancletazos), pero lo importante fue la conversación con la familia. Otros de esos

lugares son nuestros sitios de trabajo, donde frases como "*si usted necesita algo pídamelo"* han sido dichas en muchas ocasiones.

Este esfuerzo, es un ejercicio de decodificación, es decir, de descomposición de las ideas de los conceptos legales, una búsqueda para ver que se oculta detrás de décadas y siglos de tradición conceptual, nos preguntamos porque nuestra sociedad es como es y no de otra forma, y si es así ¿porque está diseñada para que así sea?, entonces el derecho es un artilugio de la perpetuación de las formas de la sociedad (relacionamiento social) y debemos repensarlo no sólo en la forma sino en lo más profundo de su ciencia.

Desde el siglo XIX, mejores pensadores que nosostros, han postulado sus teorías sobre el derecho penal, con asombrosa maestría y mucha mayor elocuencia de la que hoy podríamos intentar. Pero consideramos que es una responsabilidad nuestra realizar esta labor, dentro de nuestro intento decodificador, a favor de una juventud que crece vigorosa en medio de todas las dificultades que la vida como de costumbre nos arroja, y en especial en el marco de un proceso de renovación del Estado. Durante las primeras dos décadas de este siglo veintiuno, en nuestra joven República Bolivariana de Venezuela se han explorado con distintos niveles de éxito, nuevas ideas normativas: se ha sido audaz en una búsqueda inquebrantable de la felicidad para todos, al amparo de una Constitución audaz en cuanto a nuevos paradigmas constitucionales de poder, organización, estructura y norma, y cuando ha hecho falta se ha forjado una jurisprudencia que refuerza los valores constitucionales. Pero también, y no debemos dejar de decirlo, durante estas dos primeras décadas, por razones que comprenden desde lo político antivenezolano, a la simple realidad inocultable que se vivía en nuestro país. El principal problema en el imaginario colectivo era la inseguridad.

La inseguridad es un concepto polisémico, multisignificante, es decir, nadie tiene muy claro lo que implica, y cada quien desde su parcela de percepción intenta una definición, lo cual permite a distintos actores, sean estos docentes, académicos, o políticos de la sociedad en un momento determinado utilizar las distintas percepciones y significantes que brinda el término, del mismo

modo que se utiliza la expresión Derechos Humanos para justificar una guerra o bombardeo humanitario, derrocar a un gobierno cualquiera, o simplemente evitar un escenario de tortura u otra forma humana de persuasión.

En Venezuela la inseguridad era en principio una consigna política, combinado con un conjunto de circunstancias, normales en la sociedad capitalista, como el desear aquello que no se tiene y obtenerlo por cualquier vía. Se acuñaba bien entonces, por todos los medios existentes, la idea de la inseguridad como el principal problema de los venezolanos. Eso antes de ensayar un modo de lucha política igualmente ineficaz como lo fue acaparar papel sanitario y alimentos.

No consideramos posible, cualquier exposición sobre las leyes penales, sin una aproximación al supuesto social que las justifica. Y mucho menos, sin un análisis de esa justificación. El hecho social del derecho, y en especial, su materialización normativa, posee una singular naturaleza prescriptiva (Perot, 2003). La idea de establecer pautas de conducta, ha sido una constante humana, nuestra naturaleza nos obliga a la convivencia social, como una forma de defensa frente a las dificultades y peligros del entorno, aquellos que ignoraban los usos de las primeras agrupaciones humanas, eran presa de depredadores, del clima o de la geografía, pero además su extinción individual debilitaba al grupo en términos numéricos. Finalmente esos usos se transformaron en religión y posteriormente en derecho. En algún punto quienes dominaban, decidieron utilizar derecho y religión, como mecanismos para perpetuarse a si mismos y sus linajes en el hecho del dominio, primitiva práctica que como el hambre perdura hasta el día de hoy.

En aquellos bellos tiempos anteriores a la aspirina y los antibióticos la muerte era una compañera común, tanto por enfermedad como por guerra. Los dioses eran comúnmente vengativos y la vida valía muy poco por ser tan efímera y abundante, ya que tampoco había anticonceptivos. Las conductas que ofendían a aquellos con poder, o hacían peligrar su estatus, eran humanamente suprimidas con la muerte, el destierro, la mutilación o la esclavitud. Era en aquel entonces un acto docente, le mostraba (enseñaba) a otros el poder del líder y su inmutabilidad. Las ejecuciones públicas fueron hasta no hace

mucho un espectáculo público de lo más entretenido (véanse los Estudios sobre el Teatro Medieval -La Pena de Muerte como espectáculo de masas en la Valencia del Quinientos, de Vicente Adelantado Soriano).

Es decir lo que hoy llamamos Pena, más que castigo eran enseñanzas o como dice el mismo Adelantado Soriano Advertencias "….*No se entiende, de otra forma, el descuartizamiento de los ejecutados ni la distribución de sus miembros por puertas de entrada a la ciudad y cruces de caminos, los lugares más concurridos*.." De otra forma deberíamos suponer que se castiga al cuerpo muerto, lo cual no tenía ayer ni hoy mucho sentido.

La falta de anticonceptivos, eventualmente se tradujo en occidente en una explosión demográfica y lo humano y sus interrelaciones ahora potenciadas llevaron a innumerables cambios, en especial en lo económico, el feudalismo inició un lento tránsito, hacia el capitalismo, comenzó con el llamado *Verlagsystem*, que Marx (1976, III: 914) señalara como la primera forma de capitalismo. Este cambio económico en el modo de producción, tiene su reflejo en lo político, ya que la naciente clase burguesa comienza su transito por el poder político, por tanto ahora las conductas que debíamos "enseñar" eran malas, ya no sólo incluían aquellos actos ofensivos o contrario al poder instituido fuese este religioso o laico. El derecho debió adecuarse a nuevos intereses con dominio. Establecer nuevas reglas para lo mercantil, lo financiero, la convivencia urbana. Es en este punto en donde ocurre el sisma entre la advertencia y el castigo. El castigo era más apropiado para la ofensas al burgués, y la amenaza de castigo por un tiempo resultó ser eficaz y se popularizó en términos jurídicos. Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu (1764. Libro VI, Capítulo IX) referido por Tamayo (2011) indicaba la necesidad de que las penas "*para el castigo de los delitos, —se hallasen en concordancia con el gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que con la monarquía o la república, que tienen por motor, respectivamente, el honor y la virtud*".

Cuando Feuerbach, presentó su teoría relativa de la pena o teoría de la prevención general negativa, en su libro *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlechen Rechts (1801)*, establecía que la pena como tal debía ser entendida como una

forma de coacción preventiva: *"a los niños que se portan mal se los lleva el coco"* -dirían las matronas de antaño- una fórmula restauradora del orden (al someter al infractor) y no correccional. La idea de la ley previa, no era una garantía, como lo es ahora, sino una forma de disuasión preventiva. Feuerbach, se inspiró en Beccaria (1764) quien postulaba la ineficacia de la pena de muerte, y señalaba que la disuasión provenía más de la certeza de la pena que de su gravedad. En Inglaterra Robert Peel (1813), alentó reformas en el Código Penal para disminuir los delitos castigados con la pena de muerte. Es moderno su entendimiento como garantía o principio jurídico. Y quizás sea un error como veremos más adelante.

El discurso que mantiene vigente ese Código de Baviera desde 1813, por casi todo el mundo, es el discurso de la Burguesía Europea denunciado por Marx. Y no refleja otra cosa que una lucha de clases donde el proletariado era sometido a la explotación de las clases que monopolizaban los factores de producción. Ni en aquel entonces ni ahora, las clases dominantes han pagado con cárcel daño alguno, de hecho se ha legalizado su actuación para que no se considere daño. El Romance de la Jura del Cid, lo recogía mil años antes en algunos de sus versos "...*Nunca fue Rey traidor, ni Papa excomulgado*.." la ley penal está dirigida desde su nacimiento al proletariado, ya bastantes estudios han expuesto como: el ser un varón entre 16 y 27 años de tez morena, pareciera ser un requisito para hospedarse en un recinto penitenciario, y este dato no es necesario respaldarlo con una referencia bibliográfica porque es de conocimiento común, desgraciadamente es conocimiento común.

En Venezuela nuestro derecho penal sustantivo es de herencia mediterránea, Arteaga (2000) hace referencia a las inmensas similitudes del Código Penal de Italia de 1889 (Código Zanardelli) al Código Penal de Guzmán Blanco de 1873, sin hacer menoscabo de la influencia colonial española que por supuesto imperó hasta esa fecha. Pero en fin; ambas tradiciones también bebieron de esa corriente iluminista de Feuerbach.

Hasta ahora de este precarisimo recorrido histórico, debemos rescatar las ideas que llevan al derecho del interés del grupo al del interés del poder político y finalmente al interés de la clase política y económica juntas, y que tratamos de traducir como el

tránsito de la supervivencia a la enseñanza y de ésta al castigo, como parte de la historia del derecho penal (en su forma más popular que es la pena, más adelante nos detendremos en una idea más de élites ilustradas como lo es la idea del delito). No dejando de observar que este tránsito también se correspondió con el flujo histórico de los modos de producción social señalados por Marx.

Ahora bien, observamos que para completar el tránsito en paralelo con los modos de producción y el derecho penal, tendríamos que establecer, así como Marx planteó un tránsito del capitalismo al comunismo o esa fase intermedia llamada socialismo, proponer nosotros una alternativa del castigo hacía otra categoría penal o grupo de categorías penales.

En ese sentido surgen algunas interrogantes, como por ejemplo, si ¿ese tránsito ya ha iniciado?, con las modernas ideas de los llamados "tratamientos penitenciarios" "humanización carcelaria" o si ¿estos paradigmas de la moderna criminología, constituyen una forma de reproducción del sistema capitalista?. Para dar respuesta a esta primera interrogante nos planteamos una revisión, tanto de la criminología crítica y sus autores más destacados, como de la realidad empírica, desde la perspectiva metodológica de la hermenéutica de la sospecha, como lo planteó Paul Ricoeur (1991).

Y finalmente la pregunta más importante: ¿es posible cambiar el derecho penal?. Esta interrogante sólo podría responderse con una nueva teoría general del derecho penal, con una teoría crítica, que no sólo desestructure y develе (decodifique) el derecho penal (ya en este sentido han avanzado Baratta (1963) Quinney (1975), Chambliss (1975), Krisberg (1975) Spitzer (1975), Greenberg (1981), Chambliss y Seidman (1982) y muchos otros) sino que además se requiere de una propuesta alternativa viable jurídica y políticamente.

En consecuencia podríamos claramente delimitar nuestro objeto de estudio como el derecho penal, que es tanto el derecho sobre el sufrimiento en la primera acepción de lo que significa la palabra pena, como el derecho de la supresión de derechos que es otra acepción de la pena. ¿Qué contiene el derecho penal?: la idea y el concepto de delito, la idea y el concepto de la pena, también en nuestra opinión contiene un elemento humano: el delincuente y

una fenomenología social llamada delincuencia que se soporta sobre otros conceptos vinculados al tema como lo serían la seguridad, la propiedad y la individualidad, sin menoscabo de las disciplinas en que se ha fraccionado este universo de saberes.

CAPITULO I
UN MUNDO PELIGROSO

"Empero la serpiente era astuta,
más que todos los animales del campo…"
Génesis 3:1

Serpientes, para iniciar como en la Biblia, un viejo natural y mítico temor, tomemos este ejemplo para no hablar de todo lo que nos asechaba en los primeros y descalzos pasos de la humanidad. Las serpientes eran el peligro. Algo que podría de un modo inesperado, en cualquier momento y en cualquier lugar acabar el corto tránsito por la vida.

Resaltan de este brevisimo primer comentario tres palabras: temor, peligro y vida. Y cualquiera puede rápidamente componer la oración, "temor por aquello que pone en peligro la vida" o una equivalente, pero debemos considerar cada una de estas palabras por separado, aún cuando todos podemos hacernos una muy rápida idea de sus implicaciones.

Temor

Lovecraft (1927), afirma que *"el miedo es la emoción más primitiva y más fuerte de la humanidad"*. Aristóteles citado por Domínguez (2003) nos dice *«Sea pues el miedo (phóbos) una aflicción o barullo de la imaginación (phantasía) cuando está a punto de sobrevenir un mal destructivo o aflictivo»* (1382 a 21-22).

El temor, el miedo, el terror, son anticipaciones: pre-sentimientos. Ansiedades dirían los psicólogos. Una herencia de nuestro pasado prehumano: instinto de supervivencia. Una conducta racional de previsión para un enfoque más positivo. Siempre que podamos decir que estamos mentalmente sanos, Ya que dentro del mundo de los trastornos mentales nos encontramos con las fobias: *"Así la*

fobia consiste en la repulsión o temor angustiante específicamente dependiente de la presencia de un objeto, ser o situación que, por sus características concretas no justifica este estado de angustia" Vilaltella, (1970).

No obstante el miedo en sí mismo es algo sano, señala Echeburua (2002) que "*la existencia de respuestas de ansiedad en las pautas de conducta de un sujeto es, dentro de ciertos límites, más un signo de salud que una señal de enfermedad.*" El individuo y por tanto la especie humana, se protegen a través del miedo que los alerta de cualquier peligro.

Bien el temor ocurre en nosotros, la justificación o no, del nivel de angustia o ansiedad que podamos experimentar, definirá nuestra condición de precavidos, cobardes, o finalmente (x)fóbicos, dando a la *x* el *nomen* del objeto primero de nuestros temores: homofóbicos, aracnofóbicos, xenofóbicos, etc.

Peligro.

Siempre hemos considerado la importancia de la precisión en el Derecho, no obstante no podemos desprendernos de ciertas licencias del lenguaje al intentar presentar nuestras interpretaciones. Dicho esto concordamos con Echemendía (2011) en su definición y contrastación de los conceptos de peligro y riesgo: "*el peligro es una cualidad de la fuente de daño; el riesgo es una probabilidad de dañarnos si entramos en contacto con esa fuente en determinadas circunstancias.*"

Esta diferenciación, es importante en términos jurídicos y técnicos. Sin embargo, y exclusivamente a los efectos de este capitulo, podemos decir que amenaza, peligro y riesgo son sinónimos.

Aquello que nos amenaza o pone en riesgo, es la definición de peligro. Una serpiente por tanto es peligrosa.

Vida

Condición existencial del ser humano. Antítesis de la muerte. Movimiento. *Sein y Dasein.* Cualquier definición es válida a los

efectos de este capítulo. El miedo que nos ocasionaba el peligro, era un asunto humano en el estricto sentido de la palabra mientras ese peligro estaba referido a la vida humana individual o colectiva: La serpiente que nos puede matar.

No hemos podido precisar cuando la frase "la serpiente nos puede matar", se transformó en "la serpiente nos puede robar la vida". En ese momento la definición de vida cambió, la vida era un "algo" cuantificable como unidad, como un bien *"el bien más preciado"* un derecho, parte del patrimonio del alguien (no siempre del portador de ese bien), en fin la vida terminó siendo una cosa como cualquier otra: objetiva, cuantificable, tasable y por tanto comercializable.

Quizás esta es una percepción equivocada, y no fue la vida la que cambió de significado, sino que las cosas comenzaron a equipararse a la vida. Y como consecuencia de ello, las cosas adoptaron cualidades humanas, se antropomorfizaron. Cosificación de lo humano planteaba elegantemente Adorno. En fin las cosas ahora corren riesgo, peligro y amenaza.

Ilustramos esta "humanización" de las cosas con la Ley de Gestión Integral de Riesgos Socionaturales y Tecnológicos, que en su artículo 5° numerales 1, 12 y 13 nos brinda las siguientes definiciones legales, en las que se aprecian los matices técnicos de las palabras que nos arriesgamos a sinonimizar:

> *Artículo 5. A los efectos de la presente Ley y sus Reglamentos sen entiende por:*
> *1. Amenaza. Probabilidad de que un fenómeno se presente con una cierta intensidad, en un sitio específico y dentro de un período de tiempo definido, con potencial de producir efectos adversos sobre las personas, los bienes, los servicios y el ambiente.*
> *2. Riesgo socionatural. Peligro potencial asociado con la probable ocurrencia de fenómenos físicos cuya existencia, intensidad o recurrencia se relaciona con procesos de degradación ambiental o de intervención humana en los ecosistemas naturales.*
> *3. Riesgo tecnológico. Peligro potencial generado por la actividad humana relacionado con el acceso o uso de la tecnología, percibidos como eventos controlables por el hombre o que son fruto de su actividad. (resaltado nuestro).*

Seguridad

Definamos la seguridad como la percepción de ausencia de amenazas, por parte de una persona o grupo. Entendiendo como amenaza como lo hace el precitado artículo 5.1 de la Ley de Gestión Integral de Riesgos Socionaturales y Tecnológicos la probabilidad de que un fenómeno se presente con una cierta intensidad, en un sitio específico y dentro de un período de tiempo definido, con potencial de producir efectos adversos al amenazado.

Nótese que utilizamos la frase "percepción de ausencia de amenazas" y no la "ausencia de amenazas", el mundo en si está en constante amenaza (un cometa, un asteroide, o nosotros mismos como humanidad en algún momento acabaremos con el planeta), es decir, nadie en ningún momento ha estado cien por ciento libre de toda amenaza. Sin embargo, siendo como antes vimos, la angustia, la ansiedad, circunstancias enteramente psicológicas, muchas amenazas reales, escapan de nuestro registro de temores, bien sea por ignorancia de su existencia, por ejemplo antes del año 2020, muy pocas personas en el mundo podrían haber sentido angustia por el Covid-19, también existen factores ideológicos que invisibilizan algunas amenazas como por ejemplo las amenazas ambientales producto del consumismo son invisibilizadas por la publicidad, otras amenazas son extintas de nuestra percepción por la sensación de protección por parte de factores externos: un casco o un cinturón de seguridad, un arma de fuego, un tapabocas casero, nos dan sensación de seguridad aunque realmente no la ofrecen en la forma en que lo imaginamos. Otras formas de protección nos dan una seguridad con un índice mayor de efectividad como el preservativo, el amor de los padres, los mecanismos de seguridad ciudadana. Sin embargo, nos mantenemos en el ámbito de las sensaciones y las percepciones.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nos brinda el constitucional derecho a la Protección Integral, es decir, nos ofrece seguridad:

> *Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la*

integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.
La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.
Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley.
El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:
1. Un cuerpo uniformado de policía nacional.
2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres.
Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.
La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y en la ley.

Hemos evitado referirnos, a la seguridad de la nación, seguridad social, a los fines de mantener estrecho el ámbito de nuestro análisis y centrarlo en el universo de lo penal.

Pánico Moral

El Sociólogo sudafricano Stanley Cohen (1942-2013) dio a esta expresión de origen religioso su significado actual en la sociología criminal: como una sensación colectiva de miedo, generalmente no justificado en el cual un grupo, persona, circunstancia social o

simplemente un fenómeno natural o cosa cualquiera, ponga en riesgo el patrimonio, intereses, valores de una sociedad en un momento dado. Ciertamente la entidad que genera el pánico social puede tener un fundamento cierto, sin embargo, la forma en que son promovidos por los medios de comunicación *"exageran la gravedad, extensión, tipicidad y / o inevitabilidad del daño"*.

Por tanto podemos afirmar que el pánico moral, es un instrumento ideológico de control social, en especial cuando este pánico moral, está referido a fenómenos asociados al derecho penal, como por ejemplo: autonomía judicial, corrupción policial, secuestro, drogas, homicidios, inseguridad. En donde frente a hechos concretos de la realidad, se superpone una aceleración de los factores que generan la percepción de inseguridad: Es cierto que cuando una persona sale de su casa puede ser víctima de un delito violento, pero no es cierto que cada vez que esa persona sale de su casa le ocurra, y por tanto, lo aconsejable sería tomar las precauciones normales de la vida cotidiana, y no vivir en constante pánico.

Inseguridad

No asumiremos a los efectos de esta obra la inseguridad, como un simple antónimo de seguridad. La definiremos de un modo socio-político, es decir, del modo en que la inseguridad era definida en nuestro país durante la primera década del siglo XXI.

En ese sentido, entendemos por inseguridad, la sensación de riesgo sobre la integridad física de las personas naturales, y la probabilidad de un menoscabo patrimonial sobre sus intereses económicos, ambas por acción y efecto de la transgresión de las normas penales realizada por terceros. Dicho de un modo más simple como la medida de la probabilidad de ser víctima de la delincuencia violenta.

La inseguridad vista de este modo no comprende la estafa, delitos relacionados con la administración pública como aquellos previstos en la Ley Contra la Corrupción, tampoco comprende los delitos contra la Seguridad de la Nación, los delitos previstos en la Ley Penal del Ambiente, los delitos informáticos, entre otros muchos, sino que esté limitada a las agresiones físicas que se

suceden con ocasión de delitos contra la propiedad, el hurto, el robo, la extorsión y el secuestro, y delitos de naturaleza sexual siempre que estos se sucedan fuera del ámbito familiar. Vale decir la inseguridad está principalmente vinculada con el patrimonio material de las personas.

La inseguridad es miedo, fundamentalmente a perder lo que más amamos: un teléfono celular, un carro, nuestro dinero. A perder nuestra vida o a resultar lastimadas o lastimados, o peor aún: ser muertos o mutilados. El miedo es quizás el concepto más importante del derecho penal, y sin dudas el menos estudiado.

CAPITULO II
DE LAS TEORÍAS QUE HACEN DOGMA PENAL

> *Las revoluciones necesitan, en efecto, de un elemento pasivo,de una base material. La teoría sólo se realiza en un pueblo en la medida en que es la realización de sus necesidades.*
>
> *Karl Marx*

¿Que es una teoría?. Tan simple como una idea, un "*eso es así*", luego de la teoría o de la idea, está la argumentación, la fundamentación racional, espiritual, cultural de la idea, acompañada no pocas veces con algunos ejemplos. Y entonces la teoría escapa de sus teóricos y se enfrenta al mundo, a la crítica, al análisis e invariablemente al tiempo, que también hace de las suyas con las teorías. Algunas veces las teorías sobreviven a sus creadores, otras veces duran lo mismo que un beso, y con sobrevivir nos referimos a transcender lo teórico y plantearse como conocimiento de uso práctico de la sociedad. Ello no implica que una teoría sea correcta o incorrecta, acertada o desacertada, a lo largo de la historia algunas ideas han prevalecido sólo gracias a la fuerza. El derecho en general es el resultado de la integración histórica de un conjunto de teorías o ideas que han prevalecido (incluso por la fuerza), y por tanto es en si mismo un instrumento de ese prevalecimiento.

A lo largo de la historia del conocimiento humano, o más bien del saber humano, conferir la condición de certeza o de verdad a nuestras ideas, ha sido nuestra forma de enfrentar al que antes llamamos un mundo peligroso. No importa cual sea nuestra idea, si la tomamos como cierta, nos guiará, en alguna dirección. Así cada idea cada teoría, se ha presentado como como una verdad absoluta, como un único camino. Han surgido y caído así ideas políticas, económicas, religiosas, científicas. Escuchamos como el

mundo fue plano, el centro del sistema solar, el centro del universo, y en verdad así fue y todo el mundo lo sabía, hasta que nos enteramos de otra cosa.

Ocurre lo propio con el derecho: es lo que se dice que es, hasta que se demuestre lo contrario. Hoy conforme a la teoría dominante el derecho es norma. Esperamos que pronto sea algo mejor. De momento demos un vistazo a las ideas que en general informan al derecho penal.

Teoría Clásica Del Derecho Penal

Así se ha llamado no a una idea, sino a la suma de ideas que, entre el período histórico conocido como la Ilustración y el surgimiento de lo que hoy conocemos como Escuela Positiva, vale decir entre el primer tercio del siglo XVIII hasta el tercer cuarto del siglo XIX. Durante este período de tiempo por diversas razones sociales, culturales, políticas y económicas, en Europa ocurren una serie de cambios, que quizás pudiésemos englobar en la idea de la transición final del feudalismo mercantilista al capitalismo como modo de producción dominante en el mundo occidental.

Durante estos años de transición fue necesario reescribir los fundamentos del saber humano, ya que los usos y formas que se utilizaron durante más de mil años, ya no eran válidos, y las formas como se perpetuaban las certezas que sostenían la cultura feudal eran así mismo inválidas. En nuestro caso particular que es el derecho penal, las ideas medievales que durante siglos eran una verdad absoluta, debían sustituirse por nuevas certezas que validaran el pensamiento capitalista incipiente en la Europa moderna de aquellos siglos, lo cual se realizó de un modo progresivo pero inexorable. Instituciones tan poderosas como la inquisición, la esclavitud, la muerte por designio del soberano, finalmente desaparecieron, dando lugar a cárceles modernas, a la sociedad anónima, a la policías, entre otras muchas nuevas instituciones nacidas al abrigo de nuevas ideas penales.

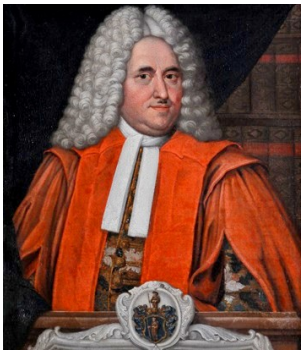
Destacan en este período que ha falta de un mejor nombre llamaremos “Clásico”, los nombres de:

Gaetano Filangieri (1752-1788), más conocido por *"Scienza della legislazione"*, donde resalta la importancia de la codificación de las leyes, y las reformas penales, igualdad económica, y fortalecimiento de la educación pública, así como la erradicación de los privilegios exagerados del clero. Plantea la controversia entre la legalidad y la inflexibilidad del juez. Luis Prieto Sanchis (2003;pg 286) quien lo señala como un especie de padre del garantismo jurídico expresa que de los tomos de su obra la Ciencia de la Legislación *"… no cabe duda de que es el tercero, relativo a las leyes penales y procesales, el que mejor ha resistido el paso del tiempo. No sólo porque cuenta con una argumentación más minuciosa y dobla en extensión a cualquiera de los demás, sino especialmente porque desarrolla todo un programa de reforma ilustrada del Derecho que aún hoy conserva su vigencia y fuerza transformadora…"*

Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), Otro destacado filósofo de la ilustración italiana, para muchos uno de los grandes precursores del positivismo, razón por la cual aún su obra *Genesi del diritto penale (1791)* goza de bastante prestigio internacional (Romagnosi señalaba que la sociología y la criminología debían tener su propio terreno muy separado del derecho). Como filosofo de la ilustración descarto siempre el contractualismo francés. Se destacan su teoría de la pena como *controspinta penale* catalizadora de la *spinta criminale.* Aun prevalece de hecho en el ordenamiento jurídico venezolano la teoría de la imperfección ejecutiva del delito, o dicho como en nuestro Código Penal la tentativa y la frustración.

Rudolf von Ihering (1818-1892) Uno de los grandes filósofos del derecho alemán, desarrolló una gran variedad de teorías jurídicas, en el campo público y civil, destacando las teorías del interés, la responsabilidad precrontractual, el finalismo jurídico. En el campo penal es el creador de la teoría de la Antijuricidad, uno de los pilares fundamentales de la moderna teoría del delito. Y se le considera además padre de la sociología jurídica.

Friedrich Spee von Langenfeld (1591-1635), aunque su obra "*Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber"* publicada en 1631, se encuentra fuera del ámbito temporal que inicialmente indicamos no podemos dejar aún lado las severas críticas que arrojó sobre el derecho penal pre-clásico, en especial sobre la inquisición laica alemana, "*Nada tiene que ver el confesor con la pena, con el delito ni con el juez, sino únicamente con la conciencia del confesado, sin que tampoco el juez pueda interferir en eso." Zaffaroni (2019).*



Christian Thomasius (1655-1728) Quizás el primer iluminista alemán, y sin duda su primer periodista, como Spee, atacó las ideas de la inquisición en especial la irracional aceptación de la magia, la superstición oscurantista, en sus disertaciones mensuales (*Monatsgespräche)* aproximó el derecho alemán a formas más racionales, aún cuando sus disputas político religiosas lo relegaron en cuanto a sus aportes al derecho penal.

Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), terriblemente ignorado en Latinoamérica este mexicano, profundamente fiel a la Corona Española, es una importante influencia en el derecho penal clásico, especialmente con su teoría utilitarista (funcionalista) de la pena, la abolición de la tortura ya que la pena no era a su modo de ver como propone Beccaria una formula de coacción, sino de corrección directa, e indirectamente de protección social al escarmentar al delincuente por el encierro o por la reparación del daño. Su ideología monárquica y la influencia del racionalismo y la ilustración lo hacen plantear una soberanía (De los Reyes Soberanos) proveniente del pueblo y no de Dios. Contrario a Beccaria veía con buenos ojos la pena de muerte.

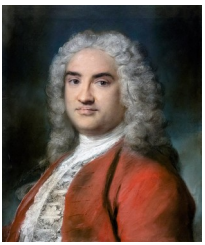
Francesco Mario Pagano (1748-1799) Quizás el autor con mayor influencia política en su obra penal, Pagano era un italiano Republicano, lo que implicaba en aquel entonces ser antí-monárquico, en su obra escrita, esencialmente política pero influenciada por su formación como jurista, llamaba a una mitigación de la sanción penal, en especial de la pena de muerte, misma que finalmente sufrió por razón de su militancia republicana.

Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-1798) El Jurista portugués más importante del siglo XVIII, autor de importantes obras de derecho civil, que aún hoy mantienen su vigencia e influencia en Portugal y Brasil. En cuanto a sus *Institutionum Juris Criminalis Lusitani* (1794) Una monografía con importante influencia de Beccaria y Filangieri, que alcanzó a

materializar al menos intelectualmente en el Código Penal encargado por la Reina Maria I de Portugal, aunque nunca se instituyó. Pero que influenció notablemente el Código Criminal del Imperio Portugués de 1830. Freire en su obra penal enfatizaba que "*sobre todo, era necesario eliminar la dependencia del derecho romano y el desconocimiento de los derechos humanos y naturales, la historia de las leyes, las prácticas consuetudinarias de los pueblos, sus foros y, sobre todo, su mutación diacrónica, que afectó a legisladores, magistrados y estudiosos de la ciencia jurídica*."

Joseph Freiherr von Sonnenfels (1733-1817) Era un intelectual Austríaco, se le reconoce el merito de haber contribuido de un modo fundamental en la abolición de la tortura en Austria en 1776, en 1775 publicó su "*Über die Abschaffung der Tortur*" con lo cual se gana un puesto entre los fundadores de la escuela clásica del derecho penal, aun cuando su obra en este sentido no fue muy prolífica.

Giovanni Carmignani (1768-1847), con un infinito gusto por el arte y la literatura, este jurista italiano es más conocido por sus obras sobre crítica literaria. No obstante también se le reconoce como uno de los fundadores de la escuela italiana del derecho, la teoría principal consagrada en su *Elmenta iuris criminalis* realiza una revisión de la pena en la cual propone a esta un fin docente, se castiga al delincuente para que otros y el mismo no delincan a futuro.



Pietro Verri (1728 – 1797) Filósofo, economista y escritor, no un jurísta, sin embargo su tratado sobre la tortura *Osservazioni sulla tortura*, escrito en 1776 y publicado recién en 1804, en la que definía esta práctica estatal como criminal, lo enaltece en los anales del derecho penal. El Conde Verri, sabía que su crítica a la tortura no era original en lo absoluto, pero entendía que la forma en que se había señalado sus vicios resultaba insuficiente "*I quali hanno scritto*

contro la pratica criminales della Tortura e contro Iínsidioso raggiro de processi che secretamente si fanno nel carcer, no ve n' e alcuno il quale abbia fatto colpo sull animo del giudici; e quindi poco o nessuno effetto hanno easi prodotto." Quienes han escrito contra la práctica criminal de la Tortura y contra el engaño insidioso de los procesos que en secreto se llevan a cabo en la prisión, no hay ninguno que haya impresionado la mente de los jueces; y por lo tanto han producido poco o ningún efecto.

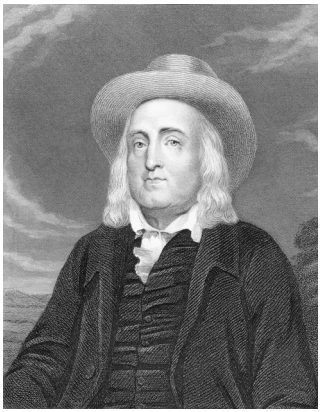
Karl Ferdinand Hommel (1722 -1781) se le reconoce como un reformador del derecho penal alemán. Para el año de 1.763 planteaba una reforma en la que promovió la aplicación y el cumplimiento de lo que el llamaba "principios de Iluminación" (Aufklärerischer Prinzipien) en el derecho penal. Logró el Profesor Hommel en un tiempo (1770) en que impartía clases de derecho feudal (como hoy vemos clases de derecho laboral) la abolición legal de los procedimientos de inquisición y tortura. Al día de hoy conservan vigencia en Alemania sus comentarios en el prefacio de la traducción alemana del libro *Dei delitti e delle pene,* de Beccaria.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) Cuando Feuerbach, presentó su teoría relativa de la pena o teoría de la prevención general negativa, en su libro *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlechen Rechts,* establecía que la pena como tal debía ser entendida como una forma de coacción preventiva (a los niños que se portan mal se los lleva el coco) restauradora del orden (al someter al infractor) y no correccional. La idea de la ley previa, no era para Feuerbach una garantía, ni lo es ahora, sino una forma de disuasión preventiva. Siendo esa la base de su famosa Teoría de la coacción psicológica.

Sir Robert Peel II Baronet, (1788-1850) Un destacado político inglés, que siendo Ministro del Interior desde 1822 hasta 1830, promovió efectivamente una serie de reformas penales en Bretaña, entre las que destaca principalmente la creación de la *London Metropolitan Police*, que se considera la precursora de la actual *Scotland Yard.* Patrocinó cambios en el Código Penal Inglés tendientes a disminuir el número de delitos castigados con la muerte. Razón por la cual se incluye entre los fundadores de la escuela clásica del derecho penal.

Cesare Bonesana, marqués de Beccaría (1738 -1794), Quizás fue el impacto que causaron las primeras líneas de su tratado, o la simplicidad de su exposición general, pero un breve libro de menos de un centenar de cuartillas, se expandió rápidamente por Europa *Dei delitti e delle pene* (1764). Las ideas de la justicia, soberanía y derecho constituyen los principios ilustrados de su tesis y las "consecuencias" que confiere a estos principios aún hoy mantienen vigencia en la forma en que el derecho penal se practica: "*La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Pero una pena que sobrepase el límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra adicional, por consiguiente ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.*"

Jeremy Bentham (1748-1832) Con una filosófica mirada al placer y el dolor Bentham enfatizó el papel principal de la ley como defensora de la seguridad y bienestar del individuo. La premisa de la que partió Bentham fue que no había dos personas iguales, y por tanto no podría haber dos delitos iguales, y es el deber de la ley acomodar tales variables antes de infligir dolor en nombre del Estado, para la protección del mismo Estado como de los ciudadanos miembros de ese estado, incluyendo al delincuente. La visión utilitarista del derecho, cuyo fin centraba en la visión de la justicia como el mayor número de ciudadanos felices, lo llevó a plantear las tesis que sólo muy recientemente han sido tomadas con mayor seriedad como la del maltrato animal, la igualdad de género, bajo la doctrina del libre voluntarismo defendió el derecho a la usura considerado desde el medioevo un pecado, así como el derecho a las relaciones homosexuales. Se debe a este pensador, el uso de la palabra Deontología, también el sistema carcelario panóptico.



Pellegrino Rossi (1787-1848) Es uno de esos personajes de la política europea, participó activamente en la política italiana incluyendo su rama papal, lo que finalmente puso fin a su existencia con su asesinato en Roma, algunos historiadores dicen que ese hecho encendió la chispa que dió a luz la actual nación italiana. Su *"Traité de droit penal"* (1829), de innegable ascendencia francesa presentaba a un derecho penal que no debe castigar más que a los culpables, en la justa proporción de su crimen, no tanto para prevenir los delitos (y en esto se distanciaba de Beccaria y Feurbach) como para restablecer el orden social. El derecho a castigar era la consecuencia de la necesidad del mantenimiento del orden social, a través del castigo de los actos inmorales y lesivos al orden social.

Francesco Carrara (1805-1888), un hombre del siglo XIX, y por tanto de los autores de la escuela clásica del derecho penal más próximo a nosotros, al menos temporalmente hablando, y su obra fue nutrida sin duda por la obra de todos los autores antes comentados en alguna medida. Consumado profesor su más importante obra (editada por sus estudiantes) es el *Programma del corso di diritto criminale*, cuyo texto fue y sigue siendo de gran impacto fuera de Italia. El hasta hoy conocido sistema carrariano, presenta el delito como un ente jurídico que exige de la existencia de una fuerza física o elemento objetivo como de una fuerza moral o elemento subjetivo, del elemento objetivo surge la existencia de un comportamiento físico y un daño inmediato. Del elemento objetivo surgen la conciencia de lo que se realiza y la voluntad de realizarlo. Fue un ferviente crítico de la idea de la pena como institución coaccionante o intimidante "*la intimidación conduce a una agravación progresiva perpetua de las penas, porque haciendo ver positivamente el delito cometido que el culpable no ha tenido miedo a la pena, se deduce de ahí que, para aterrar a los demás, es necesario aumentarla. Pero, atendidos a los defectos de la naturaleza humana, las penas no han logrado ni lograrán jamás impedir los delitos, por tanto, el curso perpetuo de los delitos conducirá, en virtud de aquel razonamiento, a la progresión perpetua de la severidad, sin limite alguno*".

Las ideas sobre el derecho penal que hemos resumido de un modo groseramente breve, forman parte del imaginario de aquellos que en los inicios de este siglo XXI, nos vinculamos de un modo u otro con el derecho penal, es decir, todos entendemos la irracionalidad de la pena de muerte, podemos llegar a considerar como un principio del derecho penal aquella máxima "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*". Como si desde el principio de los tiempos el derecho hubiese prescrito estas ideas, como si no hubiese un más allá. Pero hasta mediados del siglo XVIII, nada de esto era así. Torturar era la mejor idea que se nos había ocurrido para obtener una confesión, y ningún muerto había reincidido en delito alguno. Las ideas y las obras de los autores

"clásicos" del derecho penal en su momento fueron ideas revolucionarias, locas, arriesgadas. Pero de un modo u otro prevalecieron, y no pocas aún tienen vigencia.

Por otra parte es fundamental entender que en el mundo occidental, y más propiamente en la Europa del período estudiado la filosofía, el derecho, la economía, la política, tenían vinculaciones más fuertes de lo que hoy podemos entender en un plano cotidiano. Lo que hoy conocemos como escuelas filosóficas tenían una importancia muy específica e importante además, en el saber humano. Ideas racionalistas como las de Kant, o el utilitarismo de Bentham, parecieron por mucho tiempo ser irreconciliables, muy recientemente la teoría del orden jurídico, según sus defensores alcanzó ese objetivo, uniendo moral y utilidad social en el concepto de norma jurídica, siendo esta entonces quien define incluso la potestad punitiva, dejando fuera de la ecuación a las personas, o más propiamente a los valores.

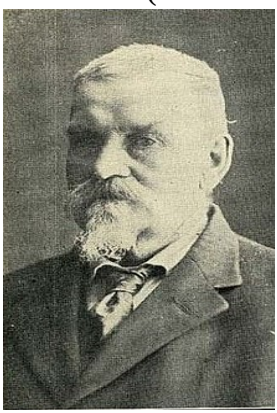
Los Clásicos, en general, defendían el principio del imperio de la Ley, pero no la desvincularon nunca de las ideas de justicia, moral, ética e incluso de la espiritualidad. El iusnaturalismo, no fue una especie de vegetarianismo jurídico, o de ecologísmo jurídico, sino una doctrina de la inmutabilidad de los principios básicos del derecho basada en la inmutabilidad de la propia naturaleza humana.

Teoría Positivista Del Derecho Penal

Así como la teoría clásica la teoría positivista del derecho penal, no se sitúa en un espacio temporal determinado, aunque existe un gran concierto para su ubicación entre el siglo XIX y el presente. Ya que desde temprano los decimonónicos legisladores alemanes llamaban derecho positivo a la simple norma escrita, para diferenciarla del derecho natural, recordemos que durante esta época los revolucionarios del derecho eran precisamente nuestros autores clásicos, y aún cuando progresivamente sus postulados ganaron mucho terreno, no dejaban de ser ideas contrarias al orden establecido para la época, estos clásicos eran iusnaturalistas en general. De esta práctica de diferenciación surge el moderno paradigma del derecho positivo como el derecho escrito, el sancionado en cámaras legislativas: La norma. Por supuesto que no es tan simple como eso, diversos autores positivistas y otros no

que no lo son tanto, ven en los previamente revisados autores clásicos, precedentes importantes del positivismo jurídico, por ejemplo el utilitarismo de Bentham, otros lo adivinan en Carrara, en Beccaria y en Feuerbach.

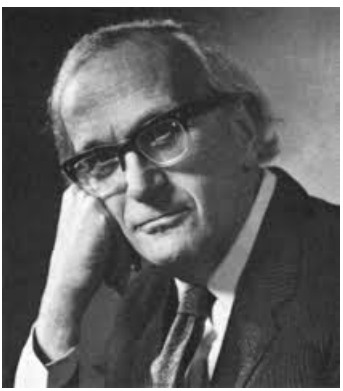
Isidore Marie Auguste François Xavier Comte (1798-1857) Poco tiene que ver con el derecho. Fue un filósofo francés que desarrolló la idea del positivismo como doctrina filosófica. El positivismo, se desprendía esencialmente de las llamadas argumentaciones abstractas y se centraba en la observación y la experiencia, es decir, se explicaba la realidad por lo que pudiese ser experimentado, medido, observado, incluyendo las ciencias que el propio autor llamaba ciencias morales, incluyendo la filosofía, e incluso la ciencia que bautizó como sociología. Estos "razonamientos abstractos" incluían especialmente la metafísica. Hay un divertido ejemplo que propone Comte en sus Principios de Filosofía Positiva (1875 pg: 60) y que puede resumir muy bien sus postulados *"Cuando dos personas, viniendo dos personas, viniendo una de un lugar muy frio y la otra de un lugar muy caliente, se encuentran en un lugar intermedio, una lo encuentra caliente y la otra frio. Entre estas dos sensaciones tan verdaderas la una como la otra, ¿quien puede decidir sino el impersonal termómetro?"*



John Austin (1790-1859), Este jurista inglés, injustamente tratado por la diosa de la fama, es quizás uno de los que mayores aportes brindó al entendimiento moderno del derecho. Como discípulo de Bentham fue utilitarista y argumentó que todas las leyes deberían trabajar para promover el mayor bien para el mayor número de personas. Para Austin, una ley es "*una regla establecida para la guía de un ser inteligente por un ser inteligente que tiene poder sobre é*l". Definiendo así su derecho positivo lo cual era indicado para el estudio apropiado de la jurisprudencia: "*Toda ley positiva, o toda*

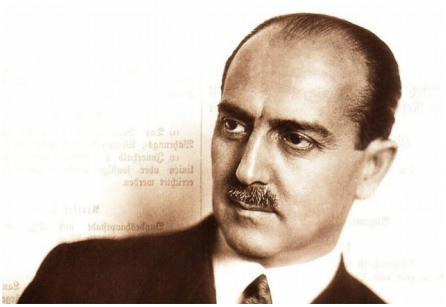
ley simple y estrictamente llamada así, es establecida, directa o indirectamente, por una persona u organismo soberano, a un miembro o miembros de la sociedad política independiente en la que esa persona u organismo es supremo". El soberano no podría estar limitado legalmente, "*el poder supremo limitado por la ley positiva es una contradicción absoluta en términos*", afirmaba. Sin embargo, admitió que un soberano puede estar limitado en un sentido no legal por la "*opinión popular*". Definió la ley divina como "*la ley impuesta por Dios a sus criaturas humanas*". Igualmente afirmaba *"...que una ley impuesta por un soberano a un sujeto no es negada por ninguna ley divina o moral aparentemente conflictiva "*. Su visión de que con independencia de sus particularidades o singularidades, en cada Estado del mundo, se repite una estructura básica del derecho, con lo cual abrió las puertas de la llamada teoría general del derecho.

No obstante estos autores y otros que dejamos pasar. El iuspositivismo es conocido como la filosofía del derecho en el siglo XX. Creemos que esta denominación es mucho más que inexacta ya que invisibiliza importantes corrientes del pensamiento jurídico que se desarrollaron o desarrollan en paralelo, no obstante debemos reconocer que es en la actualidad la forma predominante para el entendimiento del derecho. Y comprendemos que se intente invisibilizar a otras corrientes, en función de esa razón elemental de la superestructura ideológica en un momento determinado como lo es la reproducción social de su modo de producción. Pero igual muchos lo llaman la filosofía del derecho en el siglo XX y se debe a que sus mayores exponentes pertenecen a ese siglo:



Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) Quizás el más importante heredero del legado de John Austin en cuanto a la Jurisprudencia Analítica, aunque crítico de este en muchas de sus posturas. Hart planteaba el derecho con dos tipos fundamentales de reglas: Obligacionales y potestativas, las primeras prescriben la forma de conducta que se espera de las personas, y las segundas, establecen el sistema de conformación de las primeras. El derecho penal se encontraría entre las

normas obligacionales. Aunque es su clasificación secundaria la que obtuvo mayor divulgación es especial por diferir con Kelsen en cuanto al origen de las normas, hablamos de su *recognition rule* o regla de reconocimiento, así el derecho no tiene origen en una regla primigenia sino en el reconocimiento que los jueces hacen de la norma, lo que no es una norma de por sí sino un hecho: el reconocer.



Hans Kelsen (1881-1973). Es el principal exponente del positivismo jurídico, su teoría pura del derecho, en especial la versión de 1953, que es la más acabada que la publicada originalmente en 1934, incluso duplicando prácticamente su extensión y variando la posición del autor en algunos aspectos. *Das Recht ist eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens.* El Derecho es el orden del comportamiento humano. Sentencia Kelsen, indicando además que un "orden" es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden (*Grundnorm*).

En cuanto a las sanciones señala Kelsen que las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas.

En cuanto a la moral y el derecho, señala Kelsen que al quedar el derecho, como objeto de una ciencia jurídica específica, determinado como norma, queda también delimitado frente a la naturaleza, así como la ciencia del derecho frente a la ciencia natural. Pero junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales. La ciencia del derecho, en consecuencia, no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales. Cabe abarcar esas otras

normas sociales bajo la denominación de "moral", y la disciplina orientada. a su conocimiento y descripción puede ser designada como "ética". En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho.

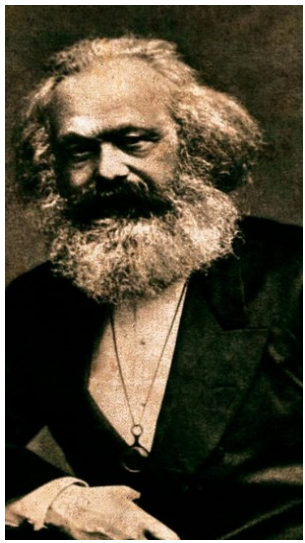
Que pasa entonces con la justicia y el derecho, podríamos preguntar a Kelsen quien efectivamente responde que "*cuando se identifica el derecho con la justicia, lo existente con lo debido, el concepto de justicia, así como el del bien, pierde sentido, puesto que si no hay algo malo (injusto), no puede darse algo bueno (justo). La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo.*"

Al interrogar a Kelsen, es decir a su obra, sobre la relevancia entonces del bien y del mal, nos indica: "*Pero lo que sobre todo importa recalcar -como corresponde hacerlo una vez más, porque no se lo subraya nunca suficientemente- es la tesis de que no hay una única moral, "la" moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios; que un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo o clase determinados -en especial, los dominantes- dentro de la población sometida, y que, de hecho así sucede, contradiciendo simultáneamente las intuiciones morales de otro grupo o estrato social; pero, sobre todo, que las intuiciones sobre qué sea éticamente bueno y malo, qué sea éticamente justificable y no justificable, se encuentran, como el derecho mismo, en permanente cambio, y que el orden jurídico, o ciertas de sus normas, que en el tiempo en que gozaban de validez pudieron haber correspondido a las exigencias morales de entonces, pueden hoy ser consideradas como altamente inmorales. La tesis, rechazada por la Teoría pura del derecho, pero ampliamente corriente en la ciencia jurídica tradicional, de que el derecho tiene que ser, conforme a su naturaleza, moral; de que un orden social inmoral no constituye derecho, presupone una moral absoluta, es decir, una moral válida para todo tiempo y dondequiera. De otra manera no podría alcanzar su objetivo de*

establecer un patrón firme, independiente de circunstancias temporales y locales, sobre qué sea lícito o ilícito, y aplicable a los sistemas sociales."

Joseph Raz, heredero de la tradición de Hart (de hecho es uno de los editores de su obra póstuma) este filósofo israelí aún activo, no presenta ninguna justificación moral del derecho, sino que desarrolla la tesis del llama do *Hombre Legal,* las normas serían razones excluyentes, que confieren autoridad y son en sí mismas la autoridad, y el derecho que es autoridad legítima, es la única institución capaz de crear normas (jurídicas), siendo esta su tesis de la corrección. Raz realiza una justificación moral de la autoridad , que es la concepción de la autoridad como servicio. Bajo esta argumentación de relaciones la relación entre autoridad y derecho explica la propia esencia del derecho: el derecho en tanto norma, solamente lo que puede identificarse por referencia a hechos sociales sin recurrir a valoraciones morales.

Teoría Marxista Del Derecho Penal



El marxismo comprende al derecho como parte de una superestructura ideológica diseñada para perpetuar el sistema de acumulación de capital. El derecho en consecuencia, debe ser inmutable en su esencia, debe naturalizarse, al punto de crear en los imaginarios colectivos de cualquier época la necesidad e inevitabilidad de sus preceptos.

En cuanto al derecho penal específicamente este ejerce la función de control social de las masas proletarias en condición de pauperismo, es decir, aquellas que ni siquiera pueden ser

absorbidas por el mercado laboral, ni atendidas por los sistemas de asistencia públicos o privados. Este control social es operativizado por los sistemas estatales de judicialización, que utilizan la noción de delito, y la de pena como herramienta de defensa de la clase poseedora de los medios de producción.

En cuanto a la noción del delito, el marxismo advierte, como los propietarios o poseedores de los medios de producción, son quienes imponen lo que comúnmente conocemos como tipos penales, es decir, cuales acciones humanas son consideradas lesivas al orden social imperante. Mientras que la pena, vale decir, la cárcel se sitúa como el eje del sistema represivo en las sociedades capitalistas, en donde los disidentes del Estado, son encerrados sin fórmula de juicio, véanse por ejemplo el conocido ejemplo de Guatánamo, por una parte y por la otra, como la pobreza criminalizada ocupa las cárceles hasta el punto del hacinamiento.

El derecho penal, en tanto instrumento de control social-penal, de la población excluida del mercado laboral y de los sistemas de asistencia, a los fines de que la utilidad del capital se mantenga de un modo progresivo y estable, en un sistema social coherente que impide la organización de los pauperizados, o que se planteen alternativas sociales diferentes, en especial las referidas a los modos de producción, toda vez que su propio estado socio-económico, los aleja de tal perspectiva, y los justifica existencialmente en el rol de delincuencia, a su vez enaltecida por la industria cultural (que es otro elemento de la superestructura ideológica), creando una segmentación en la clase proletaria: "pobre pero honrrado" y el mal pobre "*mal-andro*", este último capaz de justificar la existencia del derecho penal, en el imaginario de la población trabajadora, en tanto es considerado un enemigo social, el principal enemigo de la sociedad uniendo al "*pobre pero honrrado*", que es la víctima principal de los delitos comunes contra la propiedad y las personas, con la clase instauradora de las reglas penales. El miedo al que nos referimos en el inicio de esta obra, hace el papel de la gravedad, que mantiene unido todo el sistema, y es garantía de su perpetuidad.

Una vez alcanzado los máximos tolerables desde un punto de vista físico y económico (hacinamiento y manutención de la población penada) el sistema capitalista opta por una de estas dos vías: la

privatización de las cárceles, en la cual empresas privadas asumen bajo contrato el aislamiento social de los delincuentes, esta solución, en primer término crea otra unidad de acumulación de capital, y auspicia el crecimiento del catalogo de delitos así como la represión policial, al exigir las empresas carcelarias cuotas de ocupación de los recintos, convirtiendo el hacinamiento en una oportunidad económica capitalista. *In the Public Interes*t, en su informe citado por el Diario País de España (23/01/2014) señaló que las empresas "*CCA como Geo Group hacen intensamente lobby para tratar de que endurezcan las leyes con el objetivo último de aumentar —o como mínimo mantener— la población carcelaria. La primera destinó 17,4 millones de dólares en influenciar a políticos entre 2002 y 2012, mientras que la segunda gastó bastante menos (2,5 millones) entre 2004 y 2012, según datos del Center for Responsive Politics, una entidad civil. En paralelo, también hicieron generosas donaciones a las campañas de líderes políticos clave: entre 2003 y 2012, CCA destinó 1,9 millones, mientras que Geo Group 2,9 millones."*

La segunda opción en caso de no contar con la legislación o la aceptación política para la implementación de cárceles privadas es la reducción de la población penal, bajo la mascara de la humanización penitenciaria, que se traduce en la práctica en una mayor actividad policial represiva en el marco de procesos penales provistos de instrumentos jurídicos como lo que llamamos en Venezuela fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, y de la pena. Que son comunes a muchos sistemas penales en el mundo. Deleuze (1995, citado por Weis 2013) expresa que "*en el capitalismo del siglo XXI, el control se ejerce a corto plazo y mediante una rotación rápida, aunque también de forma continua e ilimitada, mientras que la disciplina tenía una larga duración, infinita y discontinua. La masa a controlar es demasiado pobre para endeudarla, demasiado numerosa para encerrarla, por lo que el control tiene su desafío en los disturbios que tienen lugar en los suburbios y guetos*".

Marx y Engels en su Ideología Alemana, advierten muy decididamente sobre como, "*al cambiar los modos de producción, incluso las figuras de estado de rango medio, como los funcionarios judiciales cambian su estatus social "ya por el desarrollo histórico del poder de los tribunales y por las amargas quejas de los señores feudales acerca de la evolución jurídica,*

podemos convencernos de cómo coinciden las relaciones jurídicas con el desarrollo de estos poderes materiales, a consecuencia de la división del trabajo. [. . .] Precisamente en la época situada entre la dominación de la aristocracia y la de la burguesía, al entrar en conflicto los intereses de las dos clases, cuando comenzó a obtener importancia el comercio entre las naciones europeas y hasta las relaciones internacionales adquirieron, por tanto, un carácter burgués, empezó a hacerse importante el poder de los tribunales, que llegó a su apogeo bajo la dominación de la burguesía, en que esta división desarrollada del trabajo es inexcusablemente necesaria. Lo que a propósito de ello se imaginen los siervos de la división del trabajo, los jueces y, sobre todo, los professores juris, es desde todo punto indiferente." (1986; pg 368).

Hecha esta cita, es cuando podemos referirnos a las irónicas expresiones de Marx, en sus Teorías sobre la Plusvalía (1992) respecto a la productividad de todas las profesiones en donde señala que "*Un filósofo produce ideas, un poeta poemas, un sacerdote sermones, un profesor compendios, etc. [. .] El criminal no solo produce delitos, sino también la legislación en lo criminal, y con ello, al mismo tiempo, al profesor que diserta acerca de la legislación y, además de esto, el inevitable compendio en el cual el mismo profesor lanza sus disertaciones al mercado general como "mercancías". Esto trae aparejado el aumento de la riqueza nacional, muy aparte del disfrute personal que [. . .] el manuscrito del compendio otorga a quien le dio origen (…) Se pueden mostrar en detalle los efectos del criminal sobre el desarrollo de la capacidad productiva. ¿Las cerraduras hubiesen llegado alguna vez a su actual grado de excelencia, si no hubiesen existido ladrones?; La fabricación de billetes de banco habría llegado a su perfección actual si no hubiese habido falsificadores? ¿El microscopio se habría abierto paso en la esfera del comercio común, a no ser por los fraudes comerciales? ¿Acaso la química práctica no debe tanto a la adulteración de las mercancías y a los esfuerzos por descubrirla, como al honesto celo por la producción? El crimen, gracias a sus métodos permanentemente renovados de ataque contra la propiedad, procrea constantemente nuevos métodos de defensa, con lo cual es tan productivo como las huelgas para la invención de máquinas…*" Evidentemente Marx no atribuye la innovación y el progreso social a la delincuencia, pero si advierte de como el

Capital se vale de esta y la requiere para la reproducción de modo de producción.

Teoría Crítica Del Derecho Penal Y Criminología Crítica

La Teoría Crítica o Escuela Crítica o Escuela de Fráncfort, como también se le conoce vendría a ser el resultado del *sumun* de investigadores de la teoría social y la filosofía que inspirados en las ideas marxistas no clásicas, y las *suigeneris* condiciones de la región en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, con la especial condición de judíos de gran parte de sus investigadores principales, que diversificaron las lineas de investigación, destacándose por ejemplo el fenómeno de la comunicación (con por ejemplo Jürgen Habermas*)* la sociología, el psicoanálisis social, todos enmarcados en la transformación social a través del conocimiento y la razón (distinta al ilustrismo decimonónico). Más que un objeto de estudio, se planteó la Escuela de Fráncfort, la reflexión filosófica desde lo social, valiéndose para ello de las múltiples disciplinas de estudio de sus miembros, que incluía en no pocas oportunidades al derecho. Hoy, diversos herederos del legado crítico de los fundadores de la Escuela de Fráncfort, desarrollan diversas lineas de investigación en las cuales el derecho bajo la consigna de lo multidisciplinario propia de la Teoría Crítica. En Venezuela destaca sin duda, y como un fenómeno digno de un estudio propio, los cursos de cuarto nivel, en Crítica Jurídica que adelanta el Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela de la Magistratura, entidad especializada en la formación y actualización de las juezas y jueces venezolanos. Por otra parte no podría dejarse a un lado el debate epistemológico entre la teoría tradicional y la teoría crítica, para el análisis e interpretación de la realidad, en su enfoque interdisciplinario vemos como el materialismo sociológico, prescribe que es la sociedad la que aporta los temas y líneas de investigación (lo oculto o reprimido). En la Sociología, serían los mecanismos de dominación y en la teoría crítica del derecho, la supresión de la no reflexión de lo que se presenta como cierto en el pensamiento jurídico ortodoxo. La Crítica Jurídica: abarca el Derecho en general, pero centra su centro de estudio en el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el realismo sociológico al tiempo que nos informa sobre como bajo la apariencia de ciencias neutrales o conocimiento neutral se encuentran ocultas o enmascaradas la función del derecho como parte de la

superestructura ideológica encargada de la reproducción de la sociedad capitalista. En este punto también es preciso incluir a la criminología crítica, y las diversas tesis que se han desarrollado dentro de esta disciplina y los autores que las han patrocinado.

Georg Rusche (1900-1950) – Otto Kirschheimer (1905-1965), son los primeros autores que publican en idioma inglés en la fase del exilio de la Escuela de Franckfort su obra común *Punishment and Social Structure (Sozialstruktur und Strafvollzug- Pena y Estructura Social),* quienes concluyen la inexistencia de la pena como una entidad jurídica, existiendo en realidad sistemas punitivos y prácticas específicas para el tratamiento de los criminales. Y el Derecho debe centrarse en el estudio de su desarrollo y trasformaciones, desarrollando estos autores una revisión histórica de los fundamentos para la elección o el rechazo de métodos penales específicos en situaciones históricas concretas.

Plantean los autores que cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas para ellos "*Es evidente, por ejemplo, que la esclavitud como forma punitiva resulta impracticable fuera de una economía de ese tipo, que el trabajo carcelario es imposible sin fábricas o industrias, o que las sanciones pecuniarias no son posibles sin una economía monetaria. Por otra parte, la desaparición de un determinado sistema de producción acarrea la inaplicabilidad de su sistema punitivo.*"

En ese sentido nos muestran como el desenvolvimiento económico de Europa conllevó al auge y caída de algunos métodos punitivos y relacionó históricamente, bajo el método del materialismo histórico, esos cambios en función de la realidad económica europea. Revelando como durante la temprana edad media, por ejemplo la mendicidad, era bien vista, por razones especialmente religiosas, y al no haber escasés de mano de obra, no revestía problema alguno y brindaba la oportunidad a la clase privilegiada de obtener la reputación de benefactores píos. Sin embargo cuando esta mano de obra se hizo escasa, la sociedad

cambió su mirada respecto a los mendicantes y optó por su empleo en las llamadas casas correccionales, las cuales alcanzaron su mayor auge durante el mercantilismo, sin embargo, con la aparición de la fabrica, estas correccionales, entraron en declive y desuso. La doctrina imperante, era el pensamiento que dar muerte, mutilar, o desterrar, a un delincuente era un desperdicio económico, ya que si bien era más barato en lo inmediato, las utilidades que aportaría a mediano y largo plazo serían muy altas. Nos mostró otros métodos punitivos como el trabajo como remeros en los barcos del Estado: "*Lo que resulta significativo en el desarrollo de las galeras como método punitivo, es el hecho de que él mismo se basa exclusivamente en consideraciones económicas y no penales, lo cual es válido tanto para la sentencia como para su ejecución. La introducción y regulación de este tipo de trabajo forzado estaba determinado únicamente por el deseo de obtener la fuerza laboral necesaria al más bajo precio posible. En la Francia de Colbert, por ejemplo, el Ejecutivo realizó fuertes presiones sobre las cortes de justicia para que proveyeran suficientes prisioneros a fin de mantener completas las tripulaciones. En una carta del 21 de febrero de 1676 dirigida a la fiscalía del Parlement de París, se llama la atención sobre la presencia en la Conciergerie, de numerosos prisioneros aptos para servir en las galeras, afirmando claramente: "Puesto que Su Majestad tiene urgente necesidad de hombres para reforzar su tripulación de remeros... que deben ser enviados al fin del próximo mes, me ordena comunicarle que desearía que usted diera en el nombre de Su Majestad los pasos necesarios para que los criminales sean juzgados rápidamente"*

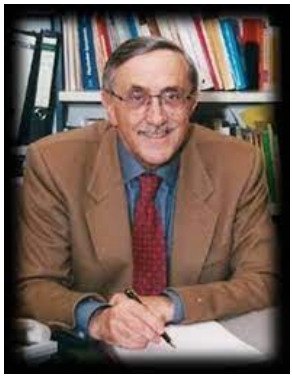
Nos muestran como la forma precursora de la prisión moderna está estrechamente ligada a las casas de corrección y su modo de producción. No siendo la reeducación, sino la explotación racional de la fuerza de trabajo, el objetivo principal, ni el modo de reclutamiento de los internados ni las consideraciones que habían de tomarse en cuenta para su liberación constituían un problema importante para la administración. Las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, su promoción y elaboración teórica fueron tarea del Iluminismo.

Pero, cuando las casas correccionales dejaron de ser lucrativas, se hacinaron y pauperizaron rápidamente señalan que en Inglaterra "*Para 1775 el costo de la asistencia pública era de más de un*

millón y medio de libras, aumentando rápidamente hasta alcanzar cerca de los ocho millones en 1817, cifra que permanece prácticamente constante hasta 1834'». Las clases propietarias comenzaron a rebelarse contra estos gastos, y una comisión real designada en 1832 formuló el principio según el cual todas las tareas de asistencia a los físicamente aptos realizadas fuera de la institución, deberían ser abolidas en favor de la asistencia dentro de las casas de trabajo (workhouse). Medida que tenía por objeto que la situación de los beneficiarios de la asistencia fuera "menos favorecida que la situación de los trabajadores libres de las clases más bajas" . Este principio incorporado a las leyes de pobres de 1834, constituye el leitmotiv de toda administración carcelaria hasta nuestros días."

Incluso nos relatan como la clase obrera se reveló contra el trabajo penitenciario, ya que su realización mermaba sus propias posibilidades económicas.

De este modo deja claro, que ninguna de las justificaciones de corrección o reeducación del criminal o la de coacción psicológica o motivación para no delinquir, son el fundamento de la pena impuesta los individuos sujetos a control penal, sino por el contrario intereses de naturaleza económica los que privan por sobre cualquier otra consideración jurídica.



Alessandro Baratta (1933-2002). Sociólogo en su obra *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal (1982).* nos presenta una contrastación reveladora de las ciencias penales, en donde nos muestra como no desde el análisis de sujeto activo del delito, sino de sus circunstancias históricas y sociales, es que puede la criminología aproximarse más efectivamente a su objeto de estudio. Inaugurando lo que muchos han denominado unas verdadera sociología del delito, partiendo de la noción de unidad y autonomía de su objeto de estudio. Baratta nos relata como la criminología se inaugura como una ciencia positivista, centrada en el delincuente como un hecho singular

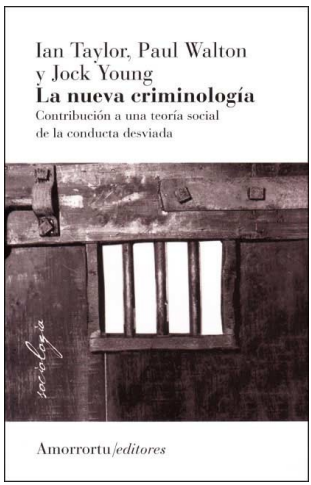
objetiva (clinicamente) observable. *"La concepción positivista de la ciencia como estudio de causas ha apadrinado a la criminología." (1986; 22).* Este apadrinamiento original, denuncia el autor se ha mantenido hasta nuestros días, más o menos con la siguiente evolución desde la segunda mitad del siglo XIX, y hasta los años 30 del siglo XX, la concepción causal de la criminalidad se centró en la teoría lombrosiana, es decir, en patologías que diferenciaban al delincuente de personas "normales", más o menos en simultáneo con el auge de la psicología, se comenzó a incluir fenómenos psicológicos (aun cuando estas visiones fueron rápidamente proscritas por su conflicto con la idea de culpa), finalmente la criminología y la sociología aún en una visión epistemológica etiológica ofrecen como causa de la delincuencia los males sociales.

Un aspecto fundamental de los estudios de Baratta, es su exposición de la coincidencia de la Escuela Clásica con la Escuela Positivista, bajo la premisa de "*La ideología de la defensa social (o del "fin") nació al mismo tiempo que la revolución burguesa, y mientras la ciencia y la codificación penal se imponían como elemento esencial del sistema jurídico burgués, ella tomaba el predominio ideológico dentro del específico sector penal." (1986;42)* Surgiendo en el imaginario académico y popular una suerte de teoremas, que el define como principios que serían: Principio de Legitimidad del Estado (para reprimir la criminalidad desde los poderes legislativo a través de leyes penales, ejecutivo a través de las policías y cárceles y el judicial a través de las sentencias); Principio del bien y el mal, donde el mal es el delincuente y el bien el resto de la sociedad; Principio de Culpabilidad: basado en la *actitud reprobable* del delincuente; Principio de la prevención o del fin, que señala que la pena no solo es retributiva sino coaccionante frente a la motivación criminal; Principio del interés social y del delito natural, donde se enarbola el derecho penal como formula de defensa de la sociedad frente al criminal, y en donde los catálogos de delitos no son objeto de discusión por el daño social que estas acciones causan.

Estos principios, constituyen la base ideológica del derecho penal, y son comunes a la Escuela Clásica, Positivista, Liberal, e incluso por ser ideológicos en el sentido marxista -refiere a la "*falsa conciencia, que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen"* siendo

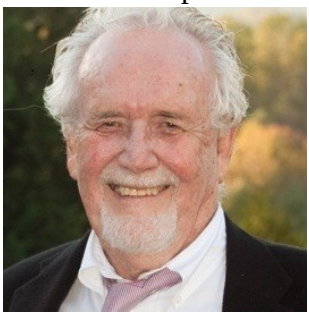
que el *"concepto de defensa social corresponde a una ideología caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de sociedad entendida como una totalidad de valores e intereses."*

La propuesta crítica de Baratta está centrada en el análisis de la criminalidad vista desde el punto de vista de las relaciones de totalidad de la sociedad (temporal y espacialmente determinada) de cara al modo de producción o modelo económico que la define: *" en primer lugar, dicha teoría opera con un concepto situado, es decir con una abstracción determinada correspondiente a específicas formaciones económico-sociales y a los problemas y a las contradicciones inherentes a éstas." (op;pg 44).* De esta forma el objeto de estudio de la criminología se traslada desde el criminal a los sistemas penales que lo criminalizan y finalmente a la reacción social frente a la *desviación* (así llama la sociología al delito como una forma específica de transgresión social, a través de la Teoría de la Desviación Social).



Ian Taylor (1944-2001) Paul Walton (1945-1999) y Jock Young (1942-2013), autores de la *"La nueva criminología Contribución a una Teoría Social de la Conducta Desviada"* Los autores plantean en esencia una crítica al estancamiento del pensamiento criminológico, respecto a los avances de la sociologia. Sostienen que el análisis social de la criminalidad, en tanto actores estadales, institucionales, mediáticos, e incluso teóricos, deben superar la itiología positivista, pero también los postulados de los defensores de la reacción social. Para transitar hacia una criminología social propiamente dicha, para analizar bajo este prisma las relaciones de los hombres como sujetos sociales y las estructuras de poder, dominación y autoridad, y la capacidad del propio hombre como sujeto social para a través del delito y otros actos de desviación enfrentarse a dichas construcciones sociales.

William Joseph Chambliss (1933-2014) Plantea que la



criminalidad (en Estados Unidos) es el resultado de las imposiciones culturales relacionadas con el consumo y de las necesidades materiales fomentadas en el proceso de explotación de la plusvalía, siendo el crimen el principal producto de la política económica. Igualmente sus trabajos comprenden las relaciones de mutua dependencia entre empresas delictivas, negocios legítimos, aplicación de la ley, políticos y el sistema económico. Señala en forma constante que existe una interdependencia entre el delito y el derecho penal. El análisis de la causa del delito lleva a que el gobierno haya definido ciertos actos como delictivos. Examina esta perspectiva en el siglo XVII en la relación entre Inglaterra y las colonias americanas.

Ferrel (2016) nos relata como Chambliss mientras trabajó para la multinacional Enron pudo apreciar la categoría específica de los delitos corporativos y señala que, si bien Estados Unidos enfatiza los delitos menores, estos son los delitos más costosos, pero "escondidos bajo la alfombra" (p. 15). La corrupción y el soborno necesitan más atención, al tiempo que destacan los problemas que aumentan nuestro miedo al crimen innecesariamente. (pg 165)

Chambliss respecto a las drogas y los delitos asociados a esta nos revela que las leyes sobre drogas (específicamente las leyes contra el opio) surgieron debido a las luchas por el poder político, la burocracia y los intentos del gobierno de obtener ganancias monetarias del comercio.

Richard Quinney (1934) Sociólogo, sostiene que

el Estado burgués tiene la función de legitimar el modo de producción capitalista atribuyendo sanciones legales generales (delitos catalogados y por catalogar) a los intereses de una minoría, protegiendo tales intereses con el uso de la fuerza y siendo el derecho penal un instrumento coercitivo empleado para mantener el orden socioeconómico existente, señalando que el delito no es una consecuencia necesaria de la pobreza, sino de las condiciones

ideológicas promovidas por el consumo como forma de relacionamiento social y la ética individualista.

Lola Rebeca Aniyar Sananes de Castro (1937-2015) Lolita le decían en vida a esta abogada y criminologa venezolana, con una producción intelectual muy importante en la década de los ochenta del siglo XX. Señalaba en aquel entonces cuando en Europa y Estados Unidos se había enfriado un poco el movimiento de Criminología Crítica de gran auge en los setenta, presentaba ella una propuesta de criminología de la liberación, inspirada en la también latinoamericana teología de la liberación, para ello realizó una crítica a la criminología positivista en la que denunciaba que *"la función política de esta criminología puede resumirse en los siguientes pasos: contrato social -+ monopolio de la violencia en manos del príncipe (definidor exclusivo de lo permitido y de lo prohibido como valores básicos, presuntamente consensuales, del sistema) -+ principio de legalidad (selección clasista de los ilegalismos) -+ irretroactividad de la ley para la seguridad del mercado -+ codificación sistémica para evitar contradicciones en la ley -+ interpretación disciplinada de la ley -+ presunción de igualdad entre las partes de la relación jurídica, no concordante con lo concreto social." (1983; 354),* consideraba preciso luego de su *Análisis del Estado Actual de la Criminología* (1981) la formulación de una Teoría Critica de Control Social . Una teoría que en sus palabras sería "*a la vez práctica social transformadora en la medida en que, difundida en la masa, contribuya a desmitificar las ideologías ocultadoras de los mecanismos de ese control social y que estaría enmarcada en las pautas metódicas del materialismo dialéctico e histórico, aunque no marxista en sentido ortodoxo, y enriquecida con algunos postulados de principio de la teoría critica frankfurteriana: su autorreflexibilidad, su necesidad de permanente revisión, su resistencia a esclerosarse en un sistema teórico que sea generador de un nuevo orden de dominación, su compromiso moral con la emancipación humana . La denominación, en ese momento; Criminología de la Liberación"* (1983; 362)

Teoría Abolicionista Del Derecho Penal

Basado en las revelaciones de la teoría crítica del derecho y de la criminología crítica, o sociología criminal, algunos autores han dado un paso más allá y ha propuesto la supresión o abolición de toda forma punitiva. En las sociedades utópicas como la arquetípica de Tomas Moro, existe la libertad de religión, la supresión de la propiedad privada y por supuesto la supresión de los delitos, para que el hombre y la mujer puedan experimentar una libertad verdadera despojada de los ficticios límites que plantea la libertad de los otros.

El derecho penal, como se le entiende hoy es estandarte de una "solución represiva" de los conflictos sociales, siendo este quizás el lado más oscuro del derecho penal, que impide al imaginario colectivo plantearse alternativas viables a los conflictos que pretende controlar, al aislar el binomio culpa-castigo de toda posible especulación creativa, como la que plantean los siguientes autores.

Lodewijk Henri Christiaan Hulsman, (1923-2009) conocido como

Louk Hulsman, este profesor de criminología Holandés es uno de los principales representantes del movimiento abolicionista del sistema penal, una de sus más importantes obras en este sentido "*Peines Perdues Le systdme pénal en question.*" (Penalizaciones perdidas: el sistema penal en cuestión -1982). Mantiene la visión de sus primeros esfuerzos en el tema, en especial la contraproductividad del sistema, que al contrastarse con los sistemas civiles y administrativos que ofrecen mayor efectividad respecto a los conflictos que le son inherentes. Adicionalmente señala que el proceso penal genera sufrimientos innecesarios desigualmente repartidos. Argumenta además que el proceso penal despoja a las partes del conflicto, ya que apenas influye en aquellos que se ven directamente involucrados.

Hulsman aboga por una abolición de los sistemas penales centralizados, y propone su sustitución por "*formas descentralizadas de regulación autónoma de conflictos*", que aproximen aún más a los involucrados.
Para el autor parte del problema es el paradigma de las ideas criminalizantes, que se superponen a situaciones socialmente problemáticas, y no ofrecen resultado por ser estas ideas criminalizantes esencialmente reduccionistas.

Thomas Mathiesen (1933-2021) El profesor de sociología y derecho noruego, plantea muy firmemente que la abolición de los sistemas penales tiene unos objetivos muy claros. *"A largo plazo, cambiar el pensamiento general respecto al castigo y reemplazar el sistema carcelario por medidas más modernas y adecuadas. A corto plazo, derribar todos los muros que no sean necesarios: humanizar las distintas formas de detención y aliviar el sufrimiento que la sociedad inflige a los detenidos" (1974,p22).* El abolicionismo de Mathiesen, es de naturaleza estructural, este no se limita a establecer la necesidad de la abolición del sistema penal, sino de las estructuras represivas y marginisantes, producto de los sistemas de producción económica de la sociedad. Señalando que limitar la abolición penal al simple sistema penal, traería como consecuencia una sustitución simplemente jurídica, y las estructuras o superestructuras ideológicas terminarían sustituyendo el derecho penal por algo similar o peor.

CAPITULO III
DELITO

> *¿Quién puso esta voluntad dentro de mí? ¿Quién sembró esta semilla de amargura en mí, habiendo sido hecho por mi Dios, que es la dulzura misma? Y si la puso el diablo, ¿quién hizo al diablo?*
>
> San Agustín

Apartarse del buen camino, portarse mal, ser un pecador, unirse al lado oscuro de la fuerza. *Delinquere.* Esas son buenas imágenes para aproximarnos al delito. Todas ellas implican una dualidad, lo socialmente aceptable y lo que no. Todo esto es cierto, sin embargo *El Delito*, es lo que se denomina un concepto jurídico. Es decir no es lo que uno cree que es sino otra cosa: Un concepto jurídico.

Que debemos entender por concepto jurídico

Es una idea propuesta en un determinado momento, por un pensador o pensadora del derecho, referida a un aspecto específico de este y que ha sido aceptada por abogadas y abogados (en su diversos roles) y por tanto integrada a la práctica forense, la jurisprudencia y finalmente a las legislaciones en lo que a esa idea corresponde. En ese sentido tiene una vigencia temporal y espacial, dada por su uso y desuso.

Es decir, el concepto jurídico es una de las formas del conocimiento científico. La aceptación por parte de los profesionistas, no es aleatoria, o producto de la moda, todo lo contrario, es el resultado de la aplicación del método científico, que hasta el momento consiste en la identificación de un problema, el planteamiento de una hipótesis resolutoria, su verificación, y estructura finalmente conceptos, teorías, leyes. Y su promoción como conocimiento en la academia.

Una de las dificultades que presenta el avance del derecho, es precisamente es la inmutabilidad relativa de sus paradigmas fundamentales (Estado, Ley, Propiedad, Familia, Poder, Justicia), esta inmutabilidad relativa es producto de la pretensión de inmutabilidad absoluta de los modos de producción económicos de los cuales siempre el derecho es parte esencial de su súper-estructura ideológica.

Por tanto el delito como concepto jurídico tiene las siguientes características:

- Es aprendido como conocimiento científico (verdad científica) por los nóveles abogados.
- Inmutabilidad relativa
- Existe una teoría que lo racionaliza.

Sistemas teóricos

Cohen y Nahen (1968), citados por Luis Brito García (2013) magistralmente exponen que

> *"La explicación científica consiste en subsumir los sucesos particulares que se quieren explicar bajo alguna regla o ley que exprese un carácter invariable de un grupo de sucesos. También las leyes pueden ser explicadas, y de la misma manera, mostrando que son consecuencias de teorías más amplias. Esta explicación progresiva de los sucesos por leyes, las leyes por otras leyes más amplias o por teorías, revela la interconexión de muchas proposiciones aparentemente aisladas"*

El derecho está plagado de teorías: Teoría del Estado, de la acción, de las personas, de la responsabilidad, del derecho penal, del proceso, y por supuesto del delito. Sin embargo, las nociones teorizadas no son leyes en el sentido que la ciencia confiere a esta palabra (Ley de la Gravedad, de Newton, Mendel) sino dogmas jurídicos: conceptos jurídicos.

Resultan importantes a los fines de una compresión hermenéutica del derecho (en su acepción no epistemológica) las teorías, ya que permiten integrar como un todo sistemático un conjunto de ideas

diseñadas para ser independientes, pero que deben actuar en conjunto.

En el caso específico de la Teoría del Delito, es decir, la explicación de que es el delito se ha fragmentando el concepto para presentarlo como la suma de un conjunto de elementos (categorías o conceptos jurídicos), esta sumatoria de categorías o conceptos jurídicos que integran le confieren la cualidad de sistema.

Evolución de la Teoría del Delito

Distintos autores plantean diversos estadios evolutivos de la teoría del delito, así por ejemplo Bernd Schunemann (1991) en su obra "*El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones Fundamentales*" nos guía del naturalismo a las llamadas explicaciones neokantianas, el irracionalismo nazi, el finalismo, hasta el funcionalimso racional. Otros como Eduardo Franco (2013) en "*El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*". Madrid. 1991, nos presentan el causalismo positivista, y las sistemáticas funcional-racionalistas, ubicando temporalmente el positivismo en el siglo XIX, el neokantismo en el primer tercio del siglo XX, ontologísmo fenomenológico hasta los sesenta y finalmente el funcionalismo que hoy nos cuida. Sin embargo son esencialmente coincidentes en los elementos de Tipo, Antijuridicidad, Culpabilidad. Cada teórico partiendo de estas constantes añade elementos como la acción, la voluntad, la imputabilidad, la omisión, etc.

Al respecto señala Bacigalupo (1996, pp. 68) que:

> La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica, consiste en que este permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales, y desigual de las desiguales. En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a

> partir de un punto de partida conocido y cognoscible. La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite que el texto de la ley es tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitablemente a través de los pensamientos expresados en la misma ley.

El concepto de delito no obstante se separa de una idea primordial que, de hecho, sustenta en una buena medida el pensamiento jurídico: la sanción, la consecuencia jurídica. Kelsen en ese sentido al referirse a la posibibilidad de sistemas sociales sin sanciones (que el desestima) advierte que

> *"Para apreciar la posibilidad de un sistema moral sin sanciones debe advertirse que cuando el sistema moral exige determinada conducta, exige simultáneamente que la conducta exigida a un sujeto sea aprobada por los otros, y la conducta contraria, en cambio, sea desaprobada. Quien desprecia la conducta exigida, o aprueba la conducta contraria, se conduce inmoralmente y es él mismo moralmente desaprobado. También la aprobación y desaprobación por parte de los restantes miembros de la comunidad son percibidas como premio y pena, y pueden, por ende, ser entendidas como sanciones." (1982; 41).*

Una rama especializada del derecho penal la penología, se dedica al estudio específico de las sanciones penales, clasicamente se entiende el castigo como una forma de retribución social, en la actualidad el castigo se pretende sea, rehabilitante del delincuente.

La pena como elemento esencial del delito, es invariablemente accesoria, es una circunstancia que se da, sólo previa condición de verificación de los anteriores elementos, por tanto no puede considerarse un elemento esencial del delito, sino una consecuencia de este. La consecuencia jurídica en el derecho es

independiente de la situación que la genera. Literalmente no se produce sino en el caso de la verificación del evento que la genera.

Aún así, asociamos la idea del delito con la del castigo. Forma parte de nuestra cultura, de nuestro modo de pensar. Como formó parte alguna vez en el pensamiento de los hombres que las mujeres no debían aspirar a más que el matrimonio y los hijos, como formó parte del entendimiento occidental que los reyes eran soberanos por derecho propio, como formó parte de la cultura y la ciencia que los hombres y mujeres negros eran una subespecie humana, y como de seguro en el futuro formarán parte de nuestra cultura algunas ideas muy locas. Es decir, que creamos socialmente algo no significa que sea correcto, como no lo fue el racismo, esclavismo, machismo. Sólo implica que creemos en eso. Con o sin fundamentos serios para ello.

Reiteramos que es en la inmutabilidad relativa de los conceptos jurídicos, donde estriba el problema de su avance, ese problema no lo tienen otras ciencias como la física por ejemplo, donde una vez que se ha verificado de modo experimental una hipótesis que desmentía otra sobre un fenómeno cualquiera, y sus resultados se hacen públicos, el resto de los físicos acepta el equívoco de la primera y la vigencia de la segunda sin mayores conflictos, como fue el caso de la teoría del realismo local de Einstein sobre la predecibilidad de las partículas, refutada por Bohr, refutación verificada posteriormente por Bell de modo experimental y que hoy constituye uno de los fundamentos de la teoría cuántica y que implica básicamente que las partículas se comportan como les da la gana y son impredecibles.

Así entendemos la pena, la sanción, como algo que culturalmente asociamos al delito, y de hecho la consideramos en gran medida como necesaria (véase Capitulo I) guiados quizás simplemente por el miedo, o la necesidad de los grupos económicos de mantener el estado de las cosas.

Delito definición jurídica

"*El Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.*" Esta definición es de

Luis Jiménez de Asúa, complementaria a lo que se denominó el esquema de Sauer[1] es una de las más utilizadas en las universidades, desde mediados del siglo XX en las clases de Derecho Penal, como la definición de familia "*es la célula fundamental de la sociedad*" usada en las escuelas. Distintos autores han parafraseado esta definición, y surgidos diversos conceptos, pero no dejan de ser lo que podríamos llamar variaciones sobre un mismo tema, incorporando y excluyendo elementos. Pudiendo en definitiva a partir de la definición de Jiménez de Asúa y agregando algunos elementos construir esta definición genérica de delito: Es un acto humano, típicamente antijurídico, culpable, imputable a una persona y castigado con una pena. La principal característica de esta definición jurídica de delito, es que es una definición por acumulación, es decir, es una definición que implica la idea de conjunto, un delito es la suma de varios elementos que le son esenciales. Y que en ausencia de tan siquiera uno de ellos, deja de ser eso para ser otra cosa.

Cada uno de estos elementos, a sido diseccionado, por infinidad de autoras y autores; muy poco podríamos aportar a los ya brillantes análisis de cada uno de estos elementos, aún así brevemente analizaremos estos elementos del delito.

Acto humano

La acción u omisión que constituye la conducta de una persona en un momento y lugar determinado. Hacer algo, es decir, transformar a través del movimiento del cuerpo la realidad material, es decir la materialización de algún verbo, como por ejemplo: agarrar, sustraer, destruir, abrir, romper, correr. O por el contrario el no realizar acción alguna, también constituyen conducta, decía un personaje de una película "*quedarse quieto y no hacer nada son dos cosas distintas*"[2].

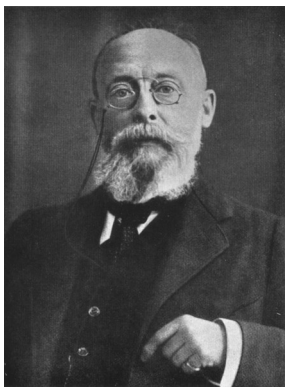
La conducta debe ser realizada por una persona humana, es decir, las acciones de la naturaleza, de las corporaciones públicas o privadas (el Estado, las empresas), de las máquinas autónomas, no constituyen delito. Aquí en este punto, podríamos, reflexionar de los delitos previstos por ejemplo en la Ley Penal del Ambiente, si

1 Wilerlhm Sauer (1879-1962) Jurista y profesor Alemán.
2 Karate Kid (2010)

se trata de delitos propiamente o faltas administrativas cometidas por personas jurídicas.

Pensar en hacer algo o dejar de hacerlo, no es un delito. No hay una conducta, no es como en las religiones occidentales donde hasta el mal pensamiento es pecado. Sin embargo determinar a otro la realización de una acto delictivo si es un delito, en la calidad de autora o autor intelectual o instigador o instigadora como también se le conoce. (véase artículo 83 del Código Penal Venezolano).

Nexo de causalidad.



Toda acción u omisión implica un resultado. Para que exista el delito, el resultado que simplificaremos como "daño", debe tener una relación causa-efecto, con la acción del agente del delito, es decir no puede haber el resultado sin la acción. Von List, se considera el padre de esta idea que además nomina a toda la Teoría Causalista, aún cuando la misma tiene severos detractores, siendo una de las principales quejas la posibilidad de elevar al infinito las relaciones de causalidad. A lo que Jimenez de Asúa responde con la idea de la corrección de culpabilidad[3]

Del Causalismo al Finalismo hasta el Funcionalismo

En este punto resulta conveniente advertir que dentro del sistema conceptual del Delito, se han propuesto distintas teorias: Causalista, Finalista y Funcionalista. Antes nos referimos al Causalimo de Von List. El Finalismo de Hans Welzel, afirma que la tipificación de la acción se corresponde con los fines mismos del derecho penal: "*La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de*

3 Orellana (2004), explica la idea de la corrección de la culpabilidad, con el famoso ejemplo de los Adúlteros, asumiendo la crítica el culpable de Adulterio, podría no llegar a ser la parte infiel, sino el carpintero que hizo la cama, Asúa, señala que la acción del carpintero no es culpable. Y por tanto establece el limite del nexo causal.

carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-partículares"[4].

En ese sentido Welzel enumera varias estructuras lógico-objetivas. La primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana. Para el autor alemán la acción consiste en el ejercicio humano de una actividad finalista, es decir orientada por un objetivo o intención. El cuerpo legislativo a de pretender alterar o excluir el finalismo del acto con trascendencia penal, o el rol de la finalidad sobre la intención.

Señala Welzel que la acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma.

En ese sentido explica Jose Cerezo Mir (2017) que la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta finalista del autor no puede ser ignorada tampoco por el legislador.

Welzel, además, la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que concede o constriñe a dar relevancia al error de prohibición. Siendo que para él la culpabilidad presupone que el autor hubiese podido actuar de acuerdo con la norma. Si el autor no sabía ni podía saber, que su conducta era antijurídica, no actuaba culpablemente.

> "La estructura finalista de la acción humana y la estructura de la culpabilidad vinculan solo al legislador, según Welzel, en caso de que quiera anudar a una acción o a la culpabilidad una consecuencia jurídica. Solo en caso de que decida vincular una consecuencia jurídica a la culpabilidad tendrá que respetar necesariamente la estructura lógico-objetiva de la misma. En otro caso podría ignorarla. Lo mismo sucede con el concepto finalista de la acción. Solo en el caso de que el

4 Hans Welzel (1987) citado por Orellana (2004). PP. 82.

> legislador quiera anudar una consecuencia jurídica a una acción humana estará vinculado a la estructura lógico-objetiva de la misma."[5]

Claus Roxin, propone una tercera corriente, el funcionalimo, reconoce el avance propuesto por Welsen en los años 30 del siglo XX, al relacionar la idea subyacente en el derecho con la norma penal. Pero advierte como tanto el causalimo como el finalismo, dejan de lado la realidad social, que advierte es más próxima al estudio criminológico que al estudio jurídico penal.

Típico

El acto humano, al que nos referimos con anterioridad, debe estar contenido en un catalogo normativo de manera expresa y concreta. Es decir, la conducta debe haber sido descrita en una norma. En su teoría del tipo penal Roxin (1979) nos indica que el "Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida"; y también: "El tipo es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales."

Estar tipificado, significa que se ha estampado en una norma la caracterización de una conducta determinada. Por tanto, bien podemos decir, que si la conducta, no está prescrita en una norma penal no constituye delito, aún cuando la misma pudiese resultarnos en extremo odiosa u ofensiva.

Resulta necesario en este punto, señalar que las normas penales no realizan la tipificación penal de un modo "cerrado" como diría Roxin, o taxativo como gustan decir los abogados venezolanos, no

5 Cerezo Mir. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, n.° 12 (2003), págs. 45-61

se prohíben conductas, no hay un artículo en el Código Penal que diga se prohíbe robar, matar, etc., ni se indica que determinada conducta es delito. Sino que penalizan las conductas consideradas delito en forma directa. Por ejemplo el homicidio en su forma genérica artículo 405 del Código Penal: "El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años." no está prohibido matar, o se dice que de alguna manera eso sea malo o feo. Pero se hace indicación de un tipo especifico de conducta: dar muerte a otra persona.

En consecuencia para que una conducta humana cualquiera, sea considerada delito, debe poder adecuarse, subsumirse, identificarse, reflejarse, a una norma penal, es decir, a uno de los tipos penales preestablecidos.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en específico su artículo 20, se delínea la limitación fundamental del ejercicio del poder punitivo del Estado: "*Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.*"

Antijurídico

Esta idea, es un buen ejemplo de como pensamos las abogadas y los abogados: Antijurídico es contrario a la ley, tan simple como eso, algo prohibido. Pero los delitos no están prohibidos expresamente, sino castigados directamente. Cuando doy muerte a persona, estoy adecuándome perfectamente con la norma prescriptiva de castigo, de hecho lo contrario a esa norma es no matar a nadie.

En el mundo occidental el decálogo de Moisés, sus diez mandamientos, son muy conocidos, era una ley penal fácil para todos, diez mandamientos una sola pena: muerte a peñonazos, para seguir con nuestro ejemplo: la norma no mataras, lo típico matar, lo antijurídico matar.

Ahora bien, lo antijurídico, en el moderno derecho penal es una construcción intelectual que deriva no de la definición jurídica de delito, sino de la idea general de que el delito es una acción

socialmente negativa: una transgresión social. Wezel citado por Roxin (1979; 36) nos dice que

> "*trazado los límites del tipo de la coacción de manera tan amplia que alcanza también innumerables casos de la vida diaria en los cuales la coacción por medio de amenazas de un mal sensible es desde el punto de vista del sentimiento jurídico natural adecuada a derecho, de modo tal que la justificación no puede deducirse de una contra-norma especial justificante"*.

La antijuricidad es la prohibición no expresa de realización de conducta que implica la tipificación penal.

También es preciso indicar que existen las llamadas causas eximentes de responsabilidad penal, en ese sentido dar muerte a una persona en determinadas circunstancias, por ejemplo, en acciones policiales lícitas no constituye delito. Porque existe una norma que justifica o autoriza, la realización del hecho en determinadas circunstancias o por determinadas personas, es decir despoja de lo antijurídico a la acción a través de la autorización o la justificación.

Culpabilidad e Imputabilidad

La noción de culpabilidad, está directamente relacionada con la capacidad del infractor de haber realizado, o no, el delito sino la conducta deseada socialmente, es decir, su capacidad para haberse portado bien.

Se relaciona directamente con la idea de la culpabilidad la capacidad mental de sujeto activo del delito, es decir, se considera su capacidad de discernimiento sobre lo bueno y lo malo. En ese sentido la enfermedad mental excluye de culpa (ciertas condiciones aplican). Igual lo hace la minoridad, estableciéndose edades a partir de las cuales las personas que no han alcanzado la mayoría de edad pueden ser responsables de sus acciones u omisiones de naturaleza penalmente típicas.

Igualmente al referirnos a la culpabilidad, surgen las especies de ésta que desde la escuela clásica del derecho penal se dividen en dolo y culpa, siendo la primera referida a la intención de cometer el acto y la segunda a su cometimiento producto de la negligencia, impericia o imprudencia.

El hecho reprochable, por haber tenido el autor o autora de acto típico la posibilidad de haber actuado de otro modo. Es el elemento de imputabilidad, que caracteriza la culpabilidad, se trata de la libertad de actuar, del libre albedrío como decían los clásicos del derecho penal. No existe culpa sin libertad. Pero una libertad consciente, se trata también del conocimiento que se supone debería tener todo ciudadano de las normas específicamente las penales y para ello el Estado debe garantizar su educación ciudadana, a los fines de que los individuos adultos gocen del conocimiento de lo que es correcto o incorrecto.

Así mismo la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad implica el juicio de desvalor: Una persona podría estar en condiciones de poder abstenerse de la realización de actos antijurídicos. Si pudo obrar de una forma diferente pero optó voluntariamente por la comisión del delito entonces es culpable.

De hecho la noción de la culpabilidad, nos lleva a las discusiones de lo objetivo y lo subjetivo. Y lo que nos hace o más bien nos haría culpables, yace en nuestro ser, en nuestro conocimiento y conciencia, por lo que podría no ser un elemento del delito como tal, sino un elemento nuestro, una condición. Tan es así, que la propia teoría general del delito, como solución establece la noción de inimputabilidad, hay personas que por razones de salud, cargo o función, o incluso por razones de fuerza mayor, pueden quebrantar algunas normas penales, sin que les sea imputable la comisión de un delito.

La culpabilidad en la teoría del delito se erige como el sustento ético de la sanción. Algunos autores han presupuestado excluir la culpabilidad del catálogo del sistema de conceptos que integran la teoría del delito, sin embargo, su exclusión supondría despojar la idea de la pena como se conoce en la actualidad.

Pena

La sanción penal, es el elemento del delito que le da nombre a esta particular rama del derecho, la pena, sanción preestablecida para un acto humano previamente tipificado en la ley penal. Dependiendo de la visión de su preferencia la pena podrá ser retributiva, una sanción que busca retribuir simbólicamente el daño causado, o bien podría ser finalista, una sanción que busca transformar al delincuente para su reinserción social.

La pena es individual e impuesta por una jueza o juez, previo cumplimiento del debido proceso. Comúnmente se trata de penas privativas de libertad, en las cuales conforme a la más avanzadas teorías penológicas, debe realizarse el llamado tratamiento penitenciario a los fines de la rehabilitación social del delincuente.

La pena es la consecuencia jurídica del delito, el resultado de la culpabilidad. Para el positivismo los sistemas normativos siempre deben prever la posibilidad de la sanción (entendida como castigo o premio).

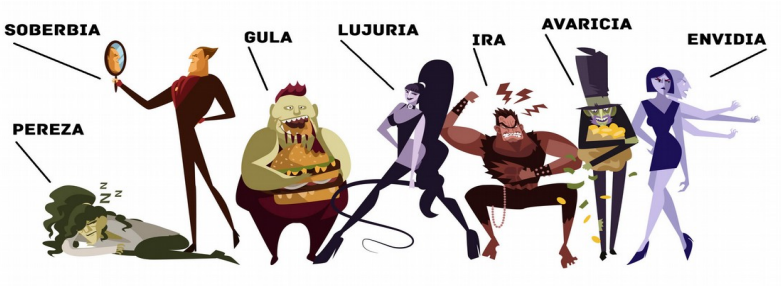
Como antes indicásemos las tendencias más actuales en cuanto a la forma de interpretar la sanción penal, es de tipo finalista, se sanciona con un fin transformador, y para ello se utiliza la tesis del tratamiento penitenciario, consistente en abordajes psicológicos, sociales, de estímulo a la disciplina del trabajo y el estudio, así como las denominadas fórmulas alternativas a la ejecución de la pena y la suspensión condicional de ejecución de la pena. Todas en vigencia en el sistema penitenciario venezolano.

Otros Conceptos de Delito

Porque un concepto es en esencia una forma de entender algo, y ese entendimiento luego se transforma en un discurso descriptivo del objeto que se define. Y por tanto también es delito para quien lo define de una forma no jurídica en los límites de su propia definición.

Pecado

Una aberración de la conducta que ofende a una deidad. En el mundo occidental, la deidad cristiana. En este caso la conducta anómala, porque la normalidad sería, la vida con arreglo a las prácticas del cristianismo y su decálogo esencial, es el agente de corrosión del alma, y su relevancia, no radica tanto en el mundo material, en donde se comente, sino en el aspecto del espíritu que debilita con su viciosa perversidad.



Hay quienes dicen que a falta de derecho, los hebreos se inventaron una religión, razón por la que las religiones de tradición hebraica como lo son todas las corrientes del cristianismo, tienen ese marcado acento prescriptivo: Diez mandamientos, siete pecados, etc. Un castigo eterno.

Lo malo.

Algunos niños a los que pregunté ¿qué es el delito?, me respondieron que “algo malo”. Lo que me pareció en principio acertado: un delito es algo malo, una conducta que no debe realizarse.

No se trata del debate filosófico del bien y el mal, se trata de la aceptación incondicional de que existe “lo malo” un prohibido por alguna razón, razón que sólo puede definirse como “lo malo”, cuando haces eso, se materializa lo intangible de algún modo, “lo malo” se hace presente, y desata la furia del que había prohibido

esa conducta. Los niños ven lo malo, en las prohibiciones de sus padres y proyectan esa idea a su comprensión de la vida social.

Los niños entienden mejor que nosotros que no se trata de la acción en si misma (que hasta divertida podría ser) sino de eso que esta detrás de la norma que prohíbe la conducta. ¿Qué es lo malo?, en el mundo jurídico, que es eso que está detrás de las normas penales.

CAPITULO IV
QUE PENA NOS DAN LOS DELITOS

> *Sí, la historia del poder punitivo es la de los crímenes de este poder y si el aparato que lo ejerce, apenas se descuidan los controles, pasa a ser el peor de los criminales, si este poder condenó a Galileo, quemó a Servet, prohibió las autopsias y el estudio de cadáveres, apuntaló la esclavitud, sometió a las mujeres y a los niños, postuló el racismo, el sexismo, la homofobia, la xenofobia, la persecución de todos quienes soñaron y pensaron una sociedad mejor (incluyendo a Cristo y a todos los mártires), reprimió la prensa, la difusión y discusión de las ideas, defendió todos los privilegios, castigó a todos los pobres del mundo, es decir, sin dificultad se verifica históricamente que todos los progresos de la dignidad humana se obtuvieron en lucha contra este poder. Cabe preguntar se cómo es posible que alguien se dedique científicamente a cultivar una rama del derecho cuyo objeto es mostrarlo como legítimo y racionalizarlo. El derecho penal así concebido sería un engendro monstruoso, que el resto del derecho trataría de ocultar como su capítulo perverso.*
>
> *Zaffaroni*

Sobre la pena y el cristal con que se mira

La formulación de una teoría de la pena, es para nosotras y nosotros, el resultado de un análisis reflexivo sobre la ciencia del derecho en su rama penal y su eficacia desde la perspectiva de las aspiraciones sociales. En ese sentido el derecho penal es entendido como un producto cultural orientado a la solución del problema de la inseguridad, de la criminalidad, para lo que presupuesta una solución universal: la pena. Tan importante es ésta categoría (la pena) que determina el propio nombre de la rama del derecho objeto de nuestro interés.

La pena puede ser y ha sido objeto de estudio durante años, siglos inclusive, sin embargo, su esencia como solución jurídica a los temas con los que está directamente relacionada socialmente, ha sido poco debatida en el foro académico, con la salvedad de las doctrinas abolicionistas del derecho penal. Es decir, el castigo se ha impuesto como una única solución en términos de consecuencia jurídica respecto a transgresiones a las normas de conducta que no han sido incorporadas a derecho civil o administrativo en sus acepciones más generales, es decir, son pocos los esfuerzos de análisis de alternativas viables a la monoconcepción jurídica de la solución en el derecho penal, para lo cual, consideramos necesaria una revisión e interpretación de las teorías bajo un enfoque epistémico crítico en el sentido franckfortiano. Es decir, develando, no sólo la norma y la teoría, sino el trasfondo cultural, económico, ideológico, de los presupuestos que dan origen a la teoría de la pena tal y como es sostenida por las corrientes con mayor hegemonía en el derecho moderno.

El derecho penal en la República Bolivariana de Venezuela de tradición clásica (González y Scarano, 2004, p. 01), ha tenido una evolución congruente con la doctrina hegemónica occidental, cuyos pilares encontramos en las teorías positivistas, iusnaturalistas, retribucionistas, finalistas y funcionalistas. Es un derecho penal, anclado en la teoría del delito y por tanto en las ideas de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, y penalidad. Esta formulación de la teoría penal, que cuenta con pocos detractores especialmente en la academia venezolana, cuyos representantes también lo son de una clase hegemónica, que aspira perpetuarse a través de la reproducción de la sociedad partiendo del derecho y la academia como elementos regeneradores de esta sociedad. En una sociedad que considera la inseguridad como un problema de especial relevancia, que además criminaliza la pobreza, la juventud y la negritud, siendo expresión de ello los centros penitenciarios, lo hace a través de su derecho penal, que define sustantiva y adjetivamente sus fórmulas de interpretación e instrumentalización. Por tanto, nos resulta evidente que la solución de esta circunstancia pasa necesariamente por una interpretación crítica del derecho y en específico de la *doxa* de la pena, que genere una cultura jurídica capaz de vencer el hegemon jurídico dominante, expresada en una teoría crítica de la pena.

Recientemente el 17 junio del año 2021, es anunciada en Cadena de Radio y Televisión, por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, el inicio de una "*Revolución profunda y acelerada del sistema de justicia*": Revolución Judicial. Es decir, un proceso de cambio progresivo e ininterrumpido, que supone una serie de acciones, en lo político, en lo social, en lo legislativo y necesariamente en lo espiritual.

Este hecho, como acción de Estado, implica un reconocimiento público de una serie de debilidades sociales, relacionadas con el universo del derecho penal, en específico los espacios penitenciarios, aunque no limitado exclusivamente a estos. Situaciones como el hacinamiento carcelario, dan cuenta, de una realidad previa: la delincuencia, y un análisis crítico del fenómeno social de la delincuencia, permite apreciar, como fuente de ese fenómeno a las instituciones jurídicas del derecho penal. Para el último trimestre del año 2021 aproximadamente treinta mil (30.000) hombres y mujeres, en la República Bolivariana de Venezuela, ocupan espacios penitenciarios en calidad de penados o sujetos a medidas cautelares privativas de libertad. Diariamente, sólo en la Circunscripción Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, entre 10 y 30 hombres y mujeres son imputados por la presunta comisión de un delito, al menos la mitad de ellos permanecerán detenidos por un largo tiempo, desde nuestra particular condición en el sistema judicial como juzgadora penal, observamos esta realidad cuantitativa, que por sí sola confiere relevancia al conflicto entre un derecho penal, anclado en la teoría del delito y por tanto en las ideas de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, y especialmente de la penalidad. Sin embargo esta realidad humana, que evidentemente tiene relevancia en sí misma, no es lo que le da pertinencia al tema a nuestro parecer, sino el resultado en términos sociales de esta realidad: la ineficacia de las soluciones que plantea la pena corporal, frente a la problemática social que es su objeto de estudio, el paradigma de pena es positivamente anacrónico e indudablemente inoficioso.

El discurso jurídico del derecho penal, y en específico la teoría de la pena nos muestra el delito como una acción contraria al derecho y por tanto, en su visión retribucionista, el delincuente debe pagar el daño social causado (con aislamiento social) o en una visión finalista el delincuente debe rehabilitarse socialmente (a través del aislamiento social). El aislamiento social, ha sido poco eficaz

para la rehabilitación o el resarcimiento, como evidencia la necesidad en la República Bolivariana de Venezuela de una Revolución Judicial, situación similar puede apreciarse en otros Estados, el informe sobre "Sistemas Penitenciarios y Ejecución Penal en América Latina" (2021, p.35) del Centro de Estudios de Justicia de las Américas da cuenta de similares problemáticas en toda la región con independencia de las diferencias económicas, ideológicas, culturales, geográficas, políticas de los países objeto de estudio del referido informe. En donde si existe coincidencia, es en la concepción del derecho penal, en sus conceptos fundamentales.

La teoría de la pena, tal y como ha sido canonizada en la actualidad, por el hegemon académico, es fuente de los problemas sociales que pretende resolver: criminalidad, inseguridad, delincuencia, entre otros, su redefinición, reconstrucción, su renacimiento, es condición necesaria para la transformación social. La formulación de una teoría crítica de la pena, constituirá un avance significativo en la transformación de la cultura jurídica en la República Bolivariana de Venezuela, y podrá constituirse en fundamento teórico de la transformación jurídica. De hecho una transformación jurídica, que parte de los presupuestos conceptuales que la preceden está destinada a repetir lo que aspira transformar.

Teorías de la Pena

Teoría Retribucionista o Clásica de la Pena

La teoría clásica del derecho penal subsume la teoría clásica de la pena, en su rol retribucionista, al respecto resulta imperioso acudir a Morais (Morais, 1999, p. 18):

> *"Muchos de los penalistas y penólogos, especialmente los exponentes y los adectos a la escuela Clásica del Derecho Penal, consideran que la pena es la justa retribución del mal del delito, proporcionada a la culpabilidad del reo."*

La retribución el mal por el mal, penar es infligir dolor, sufrimiento. El penado recibe entonces por el sufrimiento que él ocasionó en la sociedad, sufrimiento hacia él como justa y taliónica retribución.

Teoría Finalista de la Pena

Esta teoría se sustenta en la idea o teoría de la prevención general, según la cual la idea de la pena es crear en si misma una forma de coacción que inste al ciudadano a abstenerse de cometer cualquier tipo de transgresión social por la amenaza de una pena. Igualmente la prisión en sí misma es un instrumento de reinserción social del penado, es decir, es una herramienta de reeducación del infractor. Destacan como postulantes de esta visión Grocio, Hobbes, Locke, Becaria, Filangieri, Bentahm y Feuerbach (Ferrajoli, 1999, p. 275)

Esta teoría cobra singular importancia en el pensamiento jurídico del siglo XX, y de hecho constituye el fundamento epistémico de la legislación penitenciaria en el mundo occidental, y otras regiones del globo. En la República Bolivariana de Venezuela por ejemplo, la teoría finalista se expresa en el ordenamiento jurídico, señalando expresamente la concepción finalista transformadora del hombre y la mujer a través del denominado tratamiento penitenciario.

Teoría Garantista de la Pena

Epistemológicamente la idea del garantismo obedece a las dimensiones del deber ser jurídico y del ser en la realidad (Leal y Garcia, 2004). El garantismo penal atiende a la posibilidad dentro de la no impunidad, de evitar el excesivo sufrimiento penal innecesario. En ese sentido la teoría garantista de la pena (garantismo de la progresividad de los derechos humanos) encuentra su materialización positiva en las normas de ejecución penal sustitutivas o alternativas a la privación de libertad.

La suspensión condicional de la pena por trabajo o estudio, los beneficios de ejecución, los llamados tratamientos penitenciarios son expresión del sistema garantista de la pena, que se ha instaurado en la República Bolivariana de Venezuela, en especial desde la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal en el año 2001.

Teoría Marxista de la Pena

La Teoría Marxista sostiene que las teorías clásicas, finalistas y garantistas, solo confieren a la pena una función social exclusiva y directamente relacionada con el propio derecho penal y por tanto divorciada de cualquier otra consideración sociológica como lo sería por ejemplo la economía y su rol en la sociedad. Omitiendo la verdadera "finalidad" de la pena que estaría constituida por la reproducción del sistema económico en la que se inserta. Para el marxismo la pena es una herramienta privilegiada de defensa clasista de la estructura social contra el proletariado que pudiese revelarse contra el sistema. Es por ello, que pese a la idea de los tratamientos penitenciarios y las medidas alternativas a la ejecución de la pena se incrementa constantemente en catalogo de delitos.

La investigación de Georg Rusche y Otto Kirchheimer, Pena y Estructura Social, fue presentada al mundo por primera vez en 1939 en el ámbito del Instituto Internacional de Investigación Social (Escuela de Francfort) con lo que se conformaba una nueva epistemología de la pena: la economía política de la pena. Que respondía a la interrogante de si diversos sistemas de producción castigaban de un mismo modo o cada uno atendía en la formulación de las penas a su propia naturaleza, dicho de otro modo si el castigo de la cárcel es una solución universal o no. A lo que Rusche y Kirchheimer responden: "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas" (Rusche y Kirchheimer, 1971, p. 13). La obra de Rusche y Kirchheimer se inserta así dentro del pensamiento del materialismo histórico.

La Pena en el Derecho Venezolano

En Venezuela nuestro derecho penal sustantivo es de herencia mediterránea, Arteaga (2000, p.12) hace referencia a las inmensas similitudes del Código Penal de Italia de 1889 (Código Zanardelli) al Código Penal de Guzman Blanco de 1873, sin hacer menoscabo de la influencia colonial española que por supuesto imperó hasta esa fecha. Pero en fin. Ambas también de esa corriente iluminista iniciada con Feuerbach como antes indicamos.

Nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela destaca el Constitucional Principio de la Progresividad de los Derechos Humanos previsto en su artículo 19 que es del siguiente tenor:

> Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Así mismo debemos referirnos a la norma rectora del castigo penal, que esta contenida en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que muestra el enfoque clásico de la pena en Venezuela, y su marcada tendencia finalista (en tanto rehabilitación social) así como garantista (en tanto protectora de los derechos humanos de las y los penados, y en cuanto a la preferencia de los regímenes abiertos de cumplimiento de pena y las alternativas no reclusorias), dicha norma señala lo siguiente:

> **Artículo 272.** El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estadales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, deberá preferirse en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

El Código Penal venezolano por su parte establece además de la pena aplicable a los delitos en él previstos, las normas generales

para la interpretación penal y en especial las formas del castigo o pena que pueden ser impuestas por jueces venezolanos y juezas venezolanas las cuales son establecidas en su artículo 8 y especificadas en los artículos 9 y 10 respectivamente, de la forma siguiente:

> **Artículo 8.** Las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales.
>
> **Artículo 9.** Las penas corporales, que también se denominan restrictivas de la libertad, son
> las siguientes:
> 1. Presidio.
> 2. Prisión.
> 3. Arresto.
> 4. Relegación a una colonia penal.
> 5. Confinamiento.
> 6. Expulsión del Espacio geográfico de la República.
>
> **Artículo 10.** Las penas no corporales son:
> 1. Sujeción a la vigilancia de la autoridad pública.
> 2. Interdicción civil por condena penal.
> 3. Inhabilitación política.
> 4. Inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo
> 5. Destitución de empleo
> 6. Suspensión del mismo.
> 7. Multa.
> 8. Caución de no ofender o dañar.
> 9. Amonestación o apercibimiento.
> 10. Pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible yde los efectos que de él provengan.
> 11. Pago de las costas procesales.

Especial atención, merece la definición de atención integral prevista en el numeral 3° del artículo 3° del Código Orgánico Penitenciario (2021):

> "3° Atención integral: Conjunto de planes, programas y proyectos aplicados a los privados y privadas de libertad, por un equipo multidisciplinario integrado por profesionales que deben garantizar la satisfacción de las necesidades educativas, de capacitación laboral, de trabajo productivo, de asistencia psicológica, médica, odontológica, social, deportiva, cultural y recreativa, desde su ingreso en el sistema penitenciario para

> garantizar las posibilidades de la transformación del interno o interna."

Esta especial atención, de la norma antes transcrita obedece a que el enfoque de lo que se denomina tratamiento penitenciario en la República Bolivariana de Venezuela se centra en la atención dada a los internos e internas con miras a su "transformación" definida en el numeral 28° de ese mismo artículo como:

> "28. Transformación: Cambio observable de conducta **que se espera que experimente la persona privada de libertad durante su permanencia en el sistema penitenciario**, a través de la aplicación de las políticas de atención integral, con el fin de facilitar su adecuado desenvolvimiento y convivencia en la sociedad." (resaltado nuestro)

Destacamos que el tratamiento persigue un resultado que "se espera" es decir, es un resultado probable, no certero. Es un resultado deseable: una esperanza jurídica, dada su formulación legal. Este cambio operará en un entorno diferente del entorno donde se manifestó la conducta que se castiga.

Posibilidad de avance

El derecho no es inmutable, como en la vida lo único permanente es el cambio, en verdad, no consideramos que existan obstáculos infranqueables a nuevas posibilidades, alternativas a ideas que sólo han estado vigentes por un relativamente corto período de la historia humana, aún cuando esas ideas estén tan arraigadas en la psique social, como la idea general de la pena, por lo que no nos resulta difícil establecer una viabilidad o fáctibilidad, de materialización efectiva de cualquier posible proposición teórica que se transforme en nuevo dogma penal. Esas construcciones teóricas deben anclarse en un piso Constitucional, por lo que consideramos pertinente la mención del artículo 3° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) en tanto que establece como fin esencial del Estado entre otros el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la prosperidad y bienestar del pueblo. Pero señala además los presupuestos de educación y trabajo como fundamentales para tales fines.

> Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.
>
> La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Por otra parte, en atención a nuestra propuesta, resulta necesario destacar el artículo 20° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que establece tanto el principio del libre desenvolvimiento de la personalidad, como la limitación de este principio en atención al orden público y social.

> Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Es decir, existen, diversos caminos en el marco constitucional para abordar el desarrollo de la persona humana, incluidos los transgresores y transgresoras de las normas jurídicas con relevancia penal, caminos estos que pueden perfectamente subsumirse, dentro de las diversas ideas de lo que constituye la "*rehabilitación*" a la que se refiere el 272 constitucional.

En el prólogo del Tomo I del Problema de Ciencia publicado por primera vez en 1906 por Cassier se nos advertía:

> *"Toda época posee un sistema fundamental de conceptos y premisas generales y últimos por medio de los cuales domina y ordena en unidad la variedad de la materia que la experiencia y la observación le suministran. Ahora bien, a la intuición simplista e incluso a la consideración científica, si no la guía un a introspección crítica, estos productos del espíritu se le antojan, a su vez, como formas rígidas y definitivas, plasmadas de un a vez por todas. Los instrumentos del pensar se transforman, así, en objetos subsistentes; los postulados libres del entendimiento se contemplan, a la manera de cosas que nos rodean y que nos limitamos a aceptar pasivamente." (Cassier, 1958, p,3)*

Cassier nos advierte como lo hiciera Kant en su obra "*Qué es la Ilustración*", sobre la necesidad de abandonar la "*minoría de edad*" en el pensamiento, parafraseándolo: una invitación a ser adultos capaces de pensar por nosotros mismos más allá de la autoridad de del saber constituido. Por ello nos atrevimos a presentar una alternativa viable, un punto medio entre el miedo y humanidad. Y la llamamos Teoría del Hado.

Teoría del Hado

Nuestra propuesta teórica, como cualquier otra, se enfrenta en primer término a la estructura y paradigmas del ordenamiento jurídico y del derecho y de nuestra propia cultura en tanto ésta es influenciada por las ideas propias del derecho como factor reproductor de la sociedad (Althusser, 1988). Este conflicto, impide rápidas transformaciones, salvo que las mismas sean impuestas por la fuerza.
transformaciones son necesarias, urgentes o incluso bien vistas por importantes sectores de la sociedad. Es por ello que el término revolución tiene esa connotación de política violenta.

Por lo que soluciones al problema de fondo que conoce el derecho penal, se enfrentan a múltiples adversarios. Por ejemplo la solución de la pena de muerte aplicable a todos los delitos o a una parte de ellos (ambas posibilidades válidas a los efectos del ejemplo), se enfrentaría tanto con un ordenamiento jurídico nacional e internacional que la proscribe por una parte y por otra a un sistema económico que necesita de la población penitenciaria, bien sea como materia prima de las empresas dedicadas a la explotación de servicios penitenciarios, como al sistema de consumo de mercancías anclado en la publicidad de masas que requiere de clases económicamente debilitadas con una cultura del delito, y clases económicamente debilitadas con una cultura del trabajo y el estudio. Ambas clases y visiones del mundo fuertemente fundadas en el principio de la propiedad privada.

Otro ejemplo, igualmente válido sería la abolición del derecho penal como lo promueven los partidarios de estas teorías, es decir, una puesta a cero de la legislación en la que las conductas que hoy se castigan con cárcel o presidio, pasen a ser transgresiones

administrativas, contractuales, y por tanto la responsabilidad penal, se transformaría en simple responsabilidad civil o administrativa según el caso, siendo la consecuencia de las transgresiones sociales fundamentalmente económica. Esta teoría no sólo cuenta con las objeciones que rápidamente esbozamos para la pena de muerte, sino además, la adversa la opinión pública, tanto por miedo de una "horda" de delincuentes libres asechando impunemente sin castigo alguno, como por los entes políticos que detentan los gobiernos, que pagarían un altísimo costo político frente a una decisión como ésta.

Hemos presentado entonces ambos extremos de las soluciones penales: la eliminación del delincuente o la eliminación del delito. Entre estos dos extremos surgió a partir de la segunda mitad del siglo xx, la idea del tratamiento penitenciario, de la humanización carcelaria, sin embargo, ha tenido poco éxito. En Argentina la tasa de reincidencia para delitos graves (que implican períodos relativamente largos de aislamiento social) es del 18,21%. (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, 2018) pero este dato sólo incluye a los que han podido ser judicializados. En Colombia alcanza la reincidencia al 24% según Tamara (2004) citada por Ossa (2012). En la República Bolivariana de Venezuela la reincidencia se estima en un 23% en el delito de homicidio y en un 67% para el de robo a mano armada (Armas y Arreaza, 2009). Es decir, con altas tasas de reincidencia, (recuérdese que en los casos de delitos graves el autor reincidente es necesariamente una persona que se aproxima a la tercera edad) la idea de "Tratamiento" penitenciario "Atención Integral", humanización carcelaria, o cualquiera otra denominación que se le asigne a la practica gubernamental de proporcionar "condiciones dignas" de existencia y convivencia a la población carcelaria o sus posibles equivalentes, son sin duda ineficientes, respecto a la rehabilitación, transformación o reinserción social de los privados y privadas de libertad, haciendo de lado el contrasentido de una dignidad humana en aislamiento social. Nos advierte Zaffaroni, y nosotras le hacemos caso que:

> *"Quien quiera construir una teoría jurídica debe mantener un vínculo sólido con los datos de la realidad y observar un mínimo de respeto por lo óntico (lo que es, tal cual es). Es natural que si se inventa un mundo imaginario, el poder punitivo*

funcionaría de otra manera y podríamos legitimarlo, pero ese mundo no existe."

Del Sujeto Activo del Delito

Según la Real Academia de la Lengua Española, en su diccionario virtual actualizado 2021, Delincuente es un adjetivo de proposición masculina: "El que delinque". Es decir, el que comete delito. A los efectos de esta investigación nos acogeremos a ésta definición por su relativa simplicidad para ser comprendida, no así su elemento verbal: El delito, que es un concepto jurídico con una historia y evolución propia.

El delito en su moderna teoría queda definido como *un sistema conceptual jurídico que integra al menos los siguientes elementos: Acción, Antijuridicidad, Tipicidad, Culpabilidad, Imputabilidad, Penalidad*. Cada uno de estos elementos conlleva extensos análisis, clasificaciones y explicaciones conformando una ya conocida teoría del delito. En consecuencia el sujeto activo del delito, el delincuente, será aquella persona que realice un acto tipicamente antijurídico, culpable e imputable a esa persona y que se castiga con una pena.

No podemos dejar de resaltar como existe una distinción entre sujeto y objeto, siendo el sujeto el delincuente y el objeto el delito, y como el derecho centra su estudio sólo en el objeto prescindiendo del sujeto. Señala el Texto Rector, del Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM, 2017, p. 14) que el sustento epistémico (de la formación positivista en Venezuela) se caracterizó por una fragmentación y departamentalización del conocimiento; cualidad distintiva de todos los diseños curriculares del siglo pasado (haciendo una clara salvedad de las escasas excepciones a esta realidad como por ejemplo la Universidad Bolivariana de Venezuela la Universidad Experimental de los Llanos Rómulo Gallegos entre otras casas de estudio). También señala el referido Texto Rector, que el derecho no puede entenderse correctamente al margen de su contexto extralegal, es decir, como una circunstancia ajena a la vida, al hombre y a las relaciones que constituyen a una sociedad (en específico la nuestra) y en contraste prescribe que el derecho sólo puede ser comprendido y explicado únicamente a partir del estudio de la sociedad entendida

como totalidad social y en toda su complejidad (ENM, 2017, p. 38).

Debe entenderse que estas afirmaciones (con las cuales concordamos) no sólo son aplicables al derecho sino a otras formas del saber, como por ejemplo a las llamadas ciencias sociales. Este sustento epistémico positivista funcionalista es el pilar valorativo de la tecnocracia. Y la circunstancia de su eventual auge y hegemonía como expresión material del imperialismo capitalista. André Gorz, citado por Britto (2013, p. 67) denuncia: "por su misma función, la tecnocracia tiende entonces a situarse 'por encima de las clases'", a negar la necesidad de su lucha, a proponerse como mediadora y como árbitro y, al hacerlo, a entrar en contradicción con ellas. La famosa despolitización de las masas que pretende comprobar, no es un hecho que ella observa: al contrario, es el objetivo que persigue, el resultado que trata de obtener y que obtiene en medida limitadísima. La "despolitización" es la ideología de la tecnocracia misma" (Britto, 2013, p. 69). Sin embargo existen más allá de los postulados de la totalidad social. Lo humano en el sentido jurídico-político, implica otras formas de realidad no consustancial que escapa del binomio sistema-individuo.

El delincuente encuentra su teorización, su estudio en el campo de la psicología, la criminología, no en el derecho, conforme a esta idea de fragmentación del conocimiento. Por lo que finalmente la pena, en si misma también ha sido apartada de la idea del delito, salvo como consecuencia jurídica necesaria.

Nuestra posición epistémica nos obliga a pensar en el derecho como un producto cultural nacido de las tensiones (pugna por intereses económicos y políticos) de la sociedad y como tal parte de la sociedad entendida como totalidad social y en toda su complejidad como lo hace la Escuela Nacional de la Magistratura (2017).

El Destino o Hado

Hado, del Latín *fatum. "En la tradición clásica, fuerza desconocida que obra irresistiblemente sobre los dioses, los hombres y los sucesos" (RAE, 2021, website).*

¿Qué impulsa a hombres o mujeres a la transgresión social, al delito?. La psiquiatría criminal, la psicología criminal, la criminología, la medicina, la biología, la genética, la antropología, la sociología, no han podido determinarlo con precisión y si lo han hecho, han sido refutadas o invisibilizadas las teorías que intentan explicarlo, si nace o se hace el delincuente tampoco ha sido posible determinarlo, una explicación única, se escapa a todo intento, por lo que, en el mejor de los casos se debe entender que se trata de una respuesta multidisciplinaria por ser el hombre un ente bio-psico-social (Castellanos, 2013). Si el impulso criminal la *spinta criminale*, no es determinable, se trata entonces de un impulso de una fuerza desconocida que obra sobre hombres y mujeres: Un hado.

La transgresión social, el delito, es el producto de un hado que no puede o quiere ser dominado por su agente consumador, el delincuente, puede ser victima o propiciante, no es absolutamente necesario éste saber, lo que no implica restarle importancia, de hecho, consideramos que determinar su origen sería el primer paso de un camino para la erradicación social del delito.

Paradigma jurídico del hado o destino

El sujeto activo de un delito no es capaz de controlar sus impulsos (teoría clásica de la culpa) como un individuo que forma parte de la sociedad, en consecuencia transgrede las normas de conducta en distintos niveles según su propria personalidad, por tanto el Estado debe tomar control de su destino y transformarlo para hacer de ella o de él una ciudadana o ciudadano capaz de cumplir con deberes y obligaciones propios de un ser social estable y productivo.

Paradigma jurídico de la sanción penal

El delincuente, como culpable de delito, está sometido a la sanción (aislamiento social por un período determinado de tiempo) que ha sido previamente catalogada y es de su conocimiento, durante su aislamiento será objeto de atención integral, que incluye la atención médica y psicológica. El aislamiento social, bajo tratamiento penitenciario para la reinserción social es la expresión de la materialización de la culpabilidad en la teoría general del delito que soporta bajo la idea

de la culpa, entendida como la opción de haber obrado de modo distinto (Roxin, 2007, p.p. 392-395) , la consecuencia jurídica o sanción penal.

Sentencia al Aislamiento Social

El aislamiento social, consiste en apartar de la dinámica social colectiva a una persona, ubicándola por la fuerza pública, en un recinto capaz de contenerla aún en contra de su voluntad. Limitando su contacto humano, a visitas con distintos niveles de privilegios que se encuentran desde el sólo contacto visual, sin posibilidad de contacto físico, hasta el contacto sexual. Con limitaciones o no, sobre cuales personas pueden visitar al aislado o aislada. Conocemos ésto como la privación de libertad, como penas corporales de prisión o presidio.

De las condiciones del aislamiento

Podemos clasificar las condiciones de aislamiento de un privado o privada de libertad en dos grandes categorías:

1- Condiciones ideales de aislamiento; y

2.- Condiciones reales de aislamiento.

En la primera categoría, se encontraría un privado o privada de libertad, ubicado en un recinto penitenciario que cuente con sistemas de clasificación de residentes según su peligrosidad, que cuente con instalaciones sanitarias suficientes para atender las necesidades de la población, que cuente con mobiliario de descanso individualizado, que cuente con espacios y mobiliario suficientes para el deporte y recreación de la población reclusa. Que cuente con espacios destinados a las visitas en correspondencia con los niveles de privilegios y formas de éstas. Que cuente con el personal médico psicológico y multi profesional necesario para la evaluación periódica de la conducta y condiciones generales del privado o privada de libertad.

En la segunda categoría, se encuentra aquellos privados y privadas de libertad que no cuentan con una o ninguna de las condiciones anteriormente señaladas, o cuentan con ellas en forma precaria o simulada para cumplir “teóricamente” con los presupuestos legales de tratamiento penitenciario.

El caso de Noruega, es quizás el ejemplo más conocido de una transformación del sistema panóptico tradicional carcelario de tipo retribucionista al sistema finalista o rehabilitador (Sigcho, 2021), por ser una de las transformaciones más radicales, las cárceles noruegas del siglo XX no distaban mucho de la idea de una cárcel en cualquier otra parte del mundo, pero desde inicios del siglo XXI, sus cárceles, y sus normas penales han cambiado radicalmente, la prisión de Halden inaugurada en 2010, es su mejor ejemplo. Sin embargo, no deja de ser el esfuerzo mejor financiado, de la filosofía finalista de la pena. Bajo la firme creencia que entre más parecido sea el ambiente carcelario al ambiente extramuros, más probabilidad de rehabilitación habrá, por lo que se alienta a los reclusos a realizar actividades deportivas, recreativas o de formación de oficios, comparten cocinas e incluso reciben un incentivo económico por realizar actividades fuera de sus celdas bajo la premisa que el aislamiento conlleva a la agresividad, televisores, videojuegos, chalets para visitas familiares, canchas de fútbol entre otras muchas "condiciones para su rehabilitación" cuenta este recinto. Por otra parte las penas en Noruega salvo algunas pocas excepciones no superan los 21 años, por lo que hasta ahora sólo 15 reclusos han salido de esa cárcel lo que hace aún inviable el análisis de su efectividad real, la reincidencia en Noruega llegó a ser de hasta un 60%, en este momento apenas inician los estudios de reincidencia con el nuevo sistema penal (Sigcho, 2021).

Sentencia a un nuevo destino

Nuestra propuesta teórica del hado o el destino, como sustituta de la teoría de la pena, no se extiende, en principio a las teorías del derecho penal, y teoría del delito. Sino que se circunscribe al estudio de la idea del castigo y su sustitución por una forma viable de solución jurídica a un problema social, para lo cual el derecho penal, no ha ofrecido una solución viable.

Sentenciar a uno (01) o treinta (30) años de aislamiento en una instalación penitenciaria, no es garantía de una transformación humana, a lo sumo, es sólo una garantía de exclusión de la dinámica social, es un apartar lo que no queremos cerca, justificándonos como sociedad en el "humanismo" de las instalaciones de aislamiento.

Sentenciar a un nuevo destino. A ser una persona diferente a la que, por ese hado inexplicable e irresistible, cometió un acto típicamente antijurídico culpable e imputable, por lo que debe cambiar.

El Estado toma control del destino de la persona, en atención al artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe hacerlo ya que es un fin esencial del Estado el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, incluyendo aquí a víctima y delincuente, además el Estado debe construir una sociedad justa y amante de la paz, promover de este modo la prosperidad y bienestar del pueblo y para ello cuenta entre otras herramientas fundamentales con los procesos sociales de la educación y el trabajo.

Una posible crítica a esta idea es la del derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad, es decir, a ser quien uno quiera, lo que una quiera, sin embargo este derecho que está garantizado constitucionalmente en el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también está condicionado por las limitaciones que derivan del derecho de las demás personas y del orden público y social. Es decir, no puede una persona simplemente desarrollar una personalidad criminal impunemente.

Una jueza venezolana, o un juez venezolano, en la actualidad y previa determinación de la responsabilidad penal del imputado o imputada puede condenar a una persona hasta treinta (30) años de privación de libertad. Al final de este tiempo la nación venezolana, es decir, su población su territorio y su autodeterminación como República Bolivariana, reincorporan a un hombre o mujer con una edad entre los cincuenta (50) y los setenta (70) años a la dinámica social, eso en el peor escenario posible: el de una persona de veinte (20) años condenado a treinta (30) años, aunque la aplicación de la pena máxima no es extraña en el foro penal, tampoco es la más frecuente. Más comunes son las penas entre los ocho (8) y los dieciséis (16) años de privación de libertad, con opción de libertad (suspensión condicional de la ejecución de la pena u otros beneficios contemplados en el ordenamiento jurídico) entre los 5 y los 12 años (González, 2019, p.p. 84).

El tiempo y su percepción varían de una persona a otra, en especial en los privados y privadas de libertad (Scarse, 2002), muy rápidamente o muy lentamente puede percibirse el paso del

tiempo, por lo que tres (3) años pueden llegar a parecer solo uno (1) o diez (10) años.

¿Qué reincorporamos a la sociedad? Hombres y mujeres rehabilitados socialmente u hombres y mujeres que cumplieron una pena. La reincidencia, es un criterio objetivo y válido para dar respuesta a ésta interrogante, así como cualquiera otra referida a la eficacia del derecho penal como factor de la solución de los problemas sociales. El derecho penal no debe ser un Uróboro social.

Luego de un esfuerzo financiero y logístico tan monumental como el que supone la actividad del Estado como rector del sistema penitenciario, la sociedad recibe hombres y mujeres que expresan arrepentimiento y conscientes de que obraron mal desde el punto de vista social. ¿Esa no era su exacta condición en el momento de oír en audiencia su condena mucho tiempo atrás?. Condenar a un exilio social, aún en las mejores condiciones no ofrece garantía de éxito en los postulados de la pena como solución jurídica en los términos en que esta se conoce: aislamiento social.

Una nueva forma de condena: la de un nuevo destino, forjado en razón del estudio y el trabajo. Un ejemplo simple: homicidio. Este es un delito previsto y sancionado en el artículo 405 del Código Penal que es del tenor siguiente “El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años.” (Venezuela, 2005). Es una norma perfectamente comprensible, para cualquier persona, y por el bien jurídico que protege (la vida), ha estado presente en todos los códigos penales venezolanos desde el siglo XIX con pocas variaciones. Sin embargo, no ha sido capaz de frenar el impulso asesino en la sociedad, y ciertamente ninguna norma penal podría hacerlo ya que estas normas son de aplicación posterior a los hechos y ya han quedado atrás los postulados de un derecho penal disuasivo. Sólo nos queda el delincuente, aquel que ciertamente delinquió, y que estadísticamente podría volver a hacerlo, incluso con mayores niveles de peligrosidad, y frente a éste el derecho penal.

Los delitos han sido categorizados por su gravedad, principalmente en atención al tiempo de pena, así los delitos considerados de mayor peligrosidad o daño social son castigados con las penas de mayor extensión temporal y los delitos considerados menos graves con penas mucho más cortas (Birkbeck, 2004), llegando incluso al punto de su total supresión

en la practica, prefiriendo el legislador fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, o de resarcimiento social del daño causado.

En ese sentido resulta perfectamente factible clasificar los delitos en diez (10) grupos del Primero (1°) al Décimo (10°), siendo el Primero correspondiente a los delitos menos graves y el Décimo los delitos más graves. Esta acción sería legislativa de carácter sustantiva y se incorporaría al Código Penal, con una norma que permita la proyección de esta formula a otras leyes penales. Así mismo cada grupo de delitos, comprendería una consecuencia jurídica proporcional en el tiempo y con múltiples opciones de ejecución para que la jueza o el juez apliquen en atención a las particularidades de cada imputado o imputada.

“El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será sentenciado a un nuevo destino. Gravedad del delito quinta (5°).” Podría ser una redacción perfectamente válida y compatible con la legislación penal adjetiva y sustantiva actualmente vigente. Continuando con el ejemplo del homicidio, una norma del Código Penal, establecería las alternativas u opciones de condena de la que dispondrá el juez o la jueza. Tomando en cuenta el nivel de instrucción, actividad económica, edad, condiciones de salud, y capacidades de las instituciones de ejecución penal.

Ejemplificación de propuesta normativa

“ Articulo n: El responsable o la responsable de delito de nivel quinto será condenado o condenada a:

a) Obtener una titulación universitaria, de licenciado o licenciada o su equivalente, en la carrera de su elección, dentro de la oferta académica disponible.

b) Obtener una titulación universitaria, de nivel de doctorado, en la carrera de su elección, dentro de la oferta académica disponible.

c) Realizar, previo a la obtención de una certificación universitaria para realizar la docencia en un ambiente universitario, si cuenta con un nivel de maestría en la rama del saber de su especialización, realizará labores docentes, para otros beneficiarios o beneficiarias de las políticas de formación.

d) Prestar servicio, previo a la certificación realizada por equipo multidisciplinario, como parte del equipo multidisciplinario en el área específica de su especialización.

Parágrafo Primero: El Juez o la Jueza de ejecución, determinarán el lugar y la modalidad para la realización de la actividad formativa o laboral del condenado o condenada, la condena podrá ser cumplida en un lapso no menor de nueve años ni mayor de veintidós, en el caso de condenas laborales se exigirá un mínimo de dos mil quinientas 2500 jornadas efectivamente cumplidas.

Parágrafo Segundo: Sólo obtendrán privilegios de visitas, en la forma y modalidad propios del sistema penitenciario aquellos condenados y aquellas condenadas que voluntariamente asuman la realización de su condena. En el caso de aquellos condenados o condenadas que no deseen participar de la actividad transformadora de su destino a la que se les condenó, tendrán derecho a la visita de hasta dos familiares, sin contacto físico, una vez cada seis meses.”

Ventajas y Oportunidades:

1. Mantiene al transgresor social, en situación de aislamiento. La colectividad no estará expuesta a la peligrosidad social del condenado o condenada, otorgando viabilidad política por la neutralidad relativa de la acción.

2. El condenado o condenada, es motivado o motivada ha completar su condena, en el tiempo mínimo, dependiendo de su esfuerzo, completará la condena, y obtendrá su libertad. El condenado una vez terminada su condena, será un profesional universitario, o un profesional con una disciplina y conciencia social renovada.

3. El Estado, con una leve variación de costos en materia de educación universitaria y seguridad penitenciaria, dará satisfacción a dos necesidades sociales.

4. Establecer esta modalidad de sentencias, obliga a la revisión de algunos tipos penales que están vigentes en la actualidad, y que podrían reclasificarse como faltas y ser sancionados con multas, o simplemente ser despenalizados y entendidos como conflictos de otra materia, sea civil, mercantil, agraria, laboral, administrativa, o ambiental.

5. Promovería la creación de ofertas académicas novedosas, con diseños curriculares alternativos, que pueden ser impartidos de manera remota, en simultáneo incluso con participantes no privados de libertad. Así mismo podrían ofertarse alternativas académicas, de menor demanda como las matemáticas puras, física teórica, o en el campo de las ciencias sociales, como la sociología, la antropología, la filosofía, abriendo este campo, a un sector de la población que históricamente ha estado apartado de este tipo de estudios.
6. Contribuiría positivamente frente al problema de la estigmatización social del delincuente reincorporado a la dinámica social. Igualmente facilitará la incorporación de aquellas personas que han cumplido su pena en el sistema productivo social.
7. El estudio y el trabajo penitenciario, dejarían de ser, un ornamento de la administración penitenciaria, para constituirse en el centro de la actividad penitenciaria y su motor estructural.
8. Las reformas legales, necesarias para adecuación del ordenamiento jurídico no implican una reforma absoluta, sino parcial y fácilmente delimitable de los aspectos a modificar.
9. La incorporación del elemento de educación superior puede ser progresivo, agregándose una *vacatio legis*, para la adaptación de las estructuras docentes y logísticas universitarias y de seguridad.
10. El régimen de transición de las personas que han sido impuestas de una pena, deberá tomar en cuenta el tiempo de la pena efectivamente cumplida, las opciones alternativas de cumplimiento de pena, a los fines de determinar la viabilidad de el inicio de un plan cambio de destino, o de culminación de la pena impuesta, según el arbitrio de los jueces y juezas de ejecución que conozcan del caso.
11. La autodeterminación personal de las personas condenadas por delito, no se vería afectada en ningún sentido, ya que tendrían opción de estudios, y no una imposición. Por otro lado aún cuando la oferta no fuese tan amplia como lo

sería en una situación extramuros, una vez cumplida la condena, no tendría obligación alguna de dedicarse a la carrera en la que se ha titulado, pudiendo, decidir libremente su actividad económica, siendo la formación intramuros una fórmula de tratamiento penitenciario. Sin embargo este tratamiento, si permite que cumplida la condena, su beneficiario o beneficiaria, puedan acceder al sistema económico nacional como profesionales capaces y productivos (o cualquier otro perfil económico productivo, dependiendo del tipo de condena a la que se hubiese sometido).

12. El condenado o condenada, puede iniciar sus estudios desde cero, aprender a leer y escribir, completar su primaria, secundaria, estudios técnicos o de artes y oficios, educación superior, e incluso estudios de cuarto nivel en la sede penitenciaria o centro penitenciario, dependiendo de las formas de su condena. Así mismo modalidades de trabajo *online*, para profesionistas que hubiesen sido condenados podrán ser realizadas en centros penitenciarios.

Por supuesto, esta es sólo una proposición, una de muchas alternativas posibles, que presentamos no sólo para su debate, sino además para recordar que ese debate es posible.

CAPITULO V
DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

El tiempo y el lugar

Son las coordenadas de ubicación de un hecho, y por tanto también un punto de referencia frente a otro u otros hechos, estas coordenadas tienen una multiplicidad de usos en el derecho penal, que progresivamente abordaremos, en el presente caso el tiempo y el lugar, constituyen puntos de referencias.

La promulgación de una ley, es un hecho. Que puede ubicarse en el territorio de un Estado determinado por ejemplo en la República Bolivariana de Venezuela (coordenada de espacio) y además posee una coordenada espacial de ubicación el momento de su promulgación, como lo sería un buen día del año 2005 por ejemplo.

En el caso de las leyes penales, es decir, aquellas leyes, que prescriben "penas" en cualquiera de sus modalidades, el tiempo y el lugar resultan muy relevantes. Así el Código Penal establece en su primera norma que:

> *"Artículo 1. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.*
> *Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas."*

Es decir existe un requisito temporal, para que pueda operar el castigo, vale decir la existencia de una norma previa al hecho por el que se pretende castigar.

Esta norma que data de la Escuela Clásica del Derecho Penal, tiene su origen en las revoluciones económicas que ponen fin al feudalismo. Es decir el mercantilismo y finalmente el capitalismo. Ya que pone fin a la potestad monárquica de establecer por

voluntad de quien detente el poder lo que puede ser o no castigado, en función de los intereses de ese monarca. Estableciendo las bases de lo que hoy se conoce como seguridad jurídica, es decir, saber que existe una ley una norma, que establece lo que no se puede hacer, y que todo lo no prohibido o castigado es lícito y puede realizarse sin peligro de un castigo. "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"*.

De la retroactividad de la Ley Penal.

Se aplicará siempre la ley vigente para el momento de un hecho, a menos que se hubiese modificado dicha ley para hacer la pena menos penosa. Así lo dispone nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 24: "*Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena..."*. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de aplicación preferente conforme al artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 9 parte infine: "*Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de el*". Por su parte el artículo 2 del Código Penal, dispone: "*Las leyes Penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviera cumpliendo la condena*". Es decir, en la República Bolivariana de Venezuela, se aplicará la Ley vigente para el momento de un hecho, a menos que se hubiese modificado la pena para hacerse menos penosa.

Ahora bien, este principio resulta fácilmente comprensible, en los delitos de inmediata consumación o perfeccionamiento, sin embargo existen delitos que se manifiestan de un modo continuo o permanente en el tiempo, pudiendo abarcar más de un periodo de vigencia temporal de leyes penales. Un ejemplo simple de delito de inmediato perfeccionamiento son las lesiones, el delito tiene un sólo momento en el tiempo: el punto en el tiempo en el que el sujeto activo del delito causa la lesión a la victima del delito. Antes de ese momento el delito no existía, y con posterioridad a él, el delito ya ocurrió y se han generado las consecuencias jurídicas de este.

Ahora bien existen formas de delito que no están circunscritas a un sólo momento en el tiempo, como lo es el caso de la Desaparición Forzada de Personas, la Estafa Continuada, entre otros delitos cuya consumación se extiende en el tiempo.

La continuidad o permanencia en el tiempo, puede coincidir con la vigencia de dos textos legales que traten de modo distinto esos mismos hechos, bien sea modificando la pena, o creándola si los hechos no eran considerados previamente como delito por el ordenamiento jurídico. En el primer caso la pena siempre será la más favorable al reo, en el segundo, el delito podrá ser castigado, en virtud de que la conducta aún cuando inicialmente pudiese no haberse considerado como delito, su realización (es decir continuación o permanencia) bajo el imperio de una nueva ley que la persigue, la hace punible.

La ejecución continuada bien de una misma acción delictiva o de acciones diversas, que pueden o no constituir en si mismas tipos antijurídicos, siempre que se realicen con unidad de propósito (delictivo), se consideran una única acción delictiva, vale decir, un delito continuado. Tres circunstancias presupuestan en consecuencia este delito:

1) Dos o más acciones separadas por segmentos de tiempo.
2) Un tipo penal principal objeto de la conducta antijurídica.
3) Un sólo propósito delictual.

Continuando con los ejemplos, la Estafa Continuada, es tal cuando la acción engañosa del sujeto activo con el propósito de obtener un beneficio económico de varias personas a través de un mismo proceder, como sucede comúnmente en la estafa inmobiliaria, en la que las víctimas tienden a ser compelidas a pagos por una propiedad que finalmente nunca obtienen.

Ahora bien, en el caso de los delitos permanentes, se trata de una acción delictual o conjunto de ellas que persiste por la sola voluntad del agente del delito y su cese depende exclusivamente de la voluntad de dicho agente, aunque es perfectamente posible que la actividad policial u otro hecho ajeno al agente pongan fin al acto delictual. En el caso de los delitos permanentes a los tres elementos anteriores se suman, la permanencia en el tiempo del delito por voluntad del agente. Es el caso típico de la Desaparición

Forzada de Personas incorporada recientemente (2000[6]) al catálogo de delitos del Código Penal, aún cuando, en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por la República[7], ya se proscribían estos hechos, con anterioridad. En este tipo antijurídico, la desaparición forzada de una persona, solo cesa en el momento en que el agente decide dar a conocer la ubicación de esta persona, regularmente muerta desde su desaparición.

De los límites espaciales de la ley penal

Los mapas son un cerco de la imaginación, una colección de lineas que representan las dimensiones de la realidad. Nuestra tierra está debajo de nuestros pies (cuando estamos en nuestra tierra) y no en el dibujo que la representa, pero ese dibujo nos habla de los límites y extensiones de eso que llamamos nuestra tierra.

El derecho penal venezolano, tiene los claros limites de nuestro propio territorio:

> "*El territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad*.[8]"

En ese sentido el Código Penal en su artículo 3 establece que todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana. Resaltemos el vocablo "*todo*", es decir cualquier persona con

6 Gaceta Oficial N° 5.494, extraordinario, del 20 de octubre de 2000. Reforma del Código Penal.

7 Estado venezolano suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cualentró en vigencia al trigésimo día siguiente de la fecha en que se hizo el depósito de su ratificación ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (publicada en la Gaceta Oficial N° 5.241, extraordinario del 6 de julio de 1998). Además, cabe acotar que Venezuela suscribió y ratificó, igualmente, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992.

8 Artículo 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

independencia de cualquier otra consideración, salvo aquellas excepciones previstas en los Tratados y Acuerdos internacionales, como lo es el caso de las inmunidades de las representaciones diplomáticas acreditadas en la República.

Esta norma reivindica el concepto de soberanía, lo que hace pertinente acotar el siguiente extracto de la Sentencia Nro. 100 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia de fecha 20 de febrero de 2015:

> *"Una vez efectuado el repaso sobre los anteriores preceptos internacionales, se ha fijado un marco referencial netamente enunciativo sobre algunos de los principales derechos humanos y de otros órdenes, lo cual interesa inmediatamente al examen jurídico que ocupa a esta Sala en la presente ocasión, del que se coligen las graves violaciones del orden que vincula jurídicamente a los Estados Unidos de América con la República Bolivariana de Venezuela y, en general, con la comunidad internacional. Así, esta Sala se referirá como parte del análisis, esencialmente, a los principios de soberanía, independencia e igualdad soberana, los cuales son conceptos interrelacionados que "constituyen el núcleo denso y vertebral de la organización política y actor fundamental del sistema internacional que, en estratos sucesivos y articulados de la existencia política son la identidad y su dinámica; la autodeterminación y la soberanía" (Toro Jiménez, Fermín. Derecho Internacional Público. v. II, UCAB, Caracas, 2004, p. 539).*
>
> *Así, con relación al principio de soberanía de los Estados, debe señalarse que la soberanía consiste en el poder del Estado para comportarse tanto en los asuntos internos como externos según su voluntad o personalidad (principio de personalidad jurídica de los pueblos), y sin más restricciones que las aceptadas voluntariamente (vid. entre otras, sentencias de esta Sala Constitucional nros. 1309/01, 597/11 y 967/12).*

Efectivamente, una noción definitoria sobre la soberanía es aquella que inexorablemente se ofrece por negación: "Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado" (Campos, Bidart. Derecho Constitucional. Ediar, Buenos Aires, 1968). La soberanía, la cual no es susceptible de relativización, implica, entre otros, los atributos de legislar y administrar justicia, por lo que, un Estado soberano excluye, por definición y antonomasia, la intervención de otro poder político en esos y otros asuntos. Adicionalmente conlleva la inviolabilidad del Estado, la cual aparta cualquier acto que la vulnere.

Asimismo, el artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas lo expresa claramente, cuando afirma que la organización y el comportamiento de los Estados que la forman se basará "en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros".

Al respecto, la soberanía es exclusiva, tanto a lo interno del Estado de que se trate como a lo externo de ese Estado. A lo interno, el ejercicio de la soberanía consiste en que sólo la organización estatal tiene atribuidas las potestades superiores de gobierno en el territorio que ocupa; mientras que a lo externo significa que ningún Estado, entidad u organismo extranjero o internacional puede imponer el cumplimiento de sus normas a un Estado soberano, salvo que dicho país hubiese concurrido a su adopción o las hubiese aceptado de alguna forma, a través de la debida adhesión o suscripción, así como ratificación de tratados, pactos, acuerdos, convenios o instrumentos internacionales.

En el mismo sentido, debe señalarse que uno de los principios fundamentales que en los actuales momentos del período histórico, rige y debe regir en cualquier Estado en la comunidad internacional, y que además ha caracterizado a la

política exterior venezolana a partir del año 1999, lo constituye el principio de la soberanía de los Estados, siendo este uno de los más trascendentales principios a nivel internacional, y base clave de las relaciones que se suscitan entre cada una de las Naciones en el orden mundial, y que sin duda alguna, debe comportar un parámetro de respeto del orden interno de los Estados.

El artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, refiere la soberanía como un atributo o cualidad de altísimo valor republicano, residente en el pueblo de modo exclusivo, perpetuo e inderogable, que se concibe internamente con la premisa de que éste la ejerce inmediata o mediatamente a través de las expresiones democráticas por los órganos del Poder Público, los cuales se encuentran en un estadio de sometimiento pleno a la soberanía popular. A su vez, desde la perspectiva externa, ésta se manifiesta en las relaciones internacionales con los Estados, implicando la libertad de las naciones y excluyendo cualquier expresión de subordinación o dependencia, con arreglo al principio de igualdad entre las naciones, sin perjuicio de los mecanismos de integración válidamente establecidos y acordados en convenios, tratados e instrumentos internacionales.

De igual forma, este principio está vinculado con el postulado de la autodeterminación de los pueblos, el cual supone para un pueblo su derecho a sentar y establecer por su propia decisión, los parámetros que guiarán la vida de su Estado, comportando ello lógicamente el derecho a su libertad e independencia frente a cualquier otro Estado, así como también el derecho de decidir por sí mismo, los aspectos fundamentales de su vida como Nación, incluyendo la manera de determinar su forma de gobierno y las autoridades encargadas del mismo, es decir, el

derecho de atribuirse libremente su conformación política y económica, atendiendo como fin último, al ejercicio en su completa dimensión de su libertad y al respeto de su voluntad soberana.

Sobre la autodeterminación, el jurista Ferrajoli sostiene que "se trata pues, de un derecho complejo de 'autonomía', articulado en dos dimensiones: a) la 'autodeterminación interna', que consistente en el derecho de los pueblos a 'decidir libremente su estatuto político' en el plano del derecho interno; b) 'la autodeterminación externa', que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como en el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disposición de las propias riquezas y recursos. De estas dos dimensiones, la más sencilla e inequívoca es la de la 'autodeterminación interna', que equivale al derecho fundamental de los pueblos a darse un ordenamiento democrático a través del ejercicio de los derechos políticos o, si se quiere, de la 'soberanía popular' (…)" (Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. Trotta, Madrid, 2008, pág. 45).

En suma, la soberanía, en conjunción con la autodeterminación de los pueblos, garantizadora de la existencia y supremacía del Estado, se ejerce en su vertiente externa, como máxima insigne en la ordenación de la vida internacional y las relaciones del concierto de naciones.

Al respecto, es obvio que ningún país debe imponer a otros, por su sola voluntad, sin el consentimiento de éstos, disposiciones jurídicas que vinculen a sus nacionales fuera del ámbito territorial del Estado transgresor, y lo contrario vulneraría gravemente las normas que reconocen el derecho de soberanía de los Estados.

Prosiguiendo, con relación a los principios de independencia e igualdad, cabe apuntar que el artículo 1 del Texto Fundamental, declara a la

República Bolivariana de Venezuela, irrevocablemente libre e independiente, fundamentando su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador; al tiempo que propugna a la independencia como un derecho irrenunciable de la Nación, junto a la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

En torno a tales postulados, se concibe la paridad entre las naciones, la cual implica que cada una es igual en el ámbito internacional y debe disponer de ámbitos reales de libertad para su total y completo desarrollo.

La igualdad supone que ningún Estado puede arrogarse o ejercer en solitario potestades que a todos los Estados les corresponde y que están asociadas al establecimiento de un conjunto de normas que vinculan tanto a las personas naturales como jurídicas que sean nacionales de dicho Estado, y a la efectividad de dichas normas dentro de su territorio, tanto a nacionales como a extranjeros, salvo las excepciones que el propio Derecho internacional reconoce.

En el plano normativo internacional, se destacan los principios antes aludidos, entrelazándose con otros axiomas tales como los de no intervención, seguridad internacional, arreglo de controversias por medios pacíficos, integridad territorial, seguridad internacional y paz de los pueblos, así como de los correlativos derechos que asisten a cada pueblo de no ver ultrajados esos valores cardinales para la subsistencia en el planeta (…)

Por su parte, en la "Declaración sobre la inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados Protección de su Independencia y Soberanía", la Asamblea General de las Naciones Unidas (1965) manifiesta su preocupación "por la gravedad de la situación internacional y por la amenaza

> *creciente que se cierne sobre la paz universal debido a la intervención armada y a otras formas directas o indirectas de injerencia que atentan contra la personalidad soberana y la independencia política de los Estados" (vid. Infra); de lo cual se desprende el categórico y legítimo rechazo a cualquier forma de intervención directa o indirecta, pues ello vulnera la personalidad soberana de los pueblos y la independencia política de los Estados.*

De la extraterritorialidad de la Ley Penal

No es menester encontrarse en dentro de los límites del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para realizar acciones que sean capaces de hacer daño social, lo cual hoy es mucho más pertinente que en ningún otro momento, en función tanto de la realidad geopolítica en la que se desarrolla nuestra nación desde inicios del siglo XXI, como de la aceleración del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información en ese mismo período. Tampoco es novedosa esta norma sino más bien de vieja data no obstante, en función de las premisas antes señaladas ha sido objeto de diferentes modificaciones a los fines de adaptarla, estando hoy vigente el artículo 4 del Código Penal en los siguientes términos:

> Artículo 4. Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:
> 1. Los venezolanos que, en país extranjero se hagan reos de traición contra la República y los que, unos contra otros, cometan hechos punibles según sus leyes.
> 2. Los súbditos o ciudadanos extranjeros que en país extranjero cometan algún delito contra la seguridad de la República o contra alguno de sus nacionales. En los dos casos anteriores se requiere que el indiciado haya venido al espacio geográfico de la República y que se intente acción por la parte agraviada, o por el Ministerio Público en los casos de traición o de delito contra la seguridad de Venezuela. Requiérese también que el indiciado no haya sido juzgado por los

tribunales extranjeros, a menos que habiéndolo sido hubiere evadido la condena.
3. Los venezolanos o extranjeros que, sin autorización del Gobierno de la República, fabriquen, adquieran o despachen armas o municiones, con destino a Venezuela, o favorezcan en alguna manera su introducción en el territorio venezolano.
4. Los venezolanos que, en país extranjero, infrinjan las leyes relativas al estado civil y capacidad de los venezolanos.
5. Los empleados diplomáticos, en los casos permitidos por el Derecho Público de las Naciones, de conformidad con lo que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
6. Los empleados diplomáticos de la República que desempeñan mal sus funciones, o que cometan cualquier hecho punible no enjuiciable en el lugar de su residencia por razón de los privilegios inherentes a su cargo.
7. Los empleados y demás personas de la dotación y la marinería de los buques y aeronaves de guerra nacionales por la comisión, en cualquier parte, de hechos punibles.
8. Los Capitanes o Patrones, demás empleados y la tripulación y marinería, así como los pasajeros de los buques mercantes de la República, por los hechos punibles cometidos en alta Mar o a bordo en aguas de otra nación; salvo, siempre, respecto de los pasajeros, lo que se establece en el segundo aparte del numeral 2 del presente artículo.
9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena.
10. Los venezolanos que, dentro o fuera de la República, tomen parte en la trata de esclavos.
11. Los venezolanos o extranjeros venidos al espacio geográfico de la República que, en otro país, falsifiquen o tomen parte en la falsificación de moneda de curso legal en Venezuela o sellos de uso público, estampillas o títulos de crédito de la nación, billetes de

banco al portador o títulos, de capital y renta, de emisión autorizada por la ley nacional.
12. Los venezolanos o extranjeros que de alguna manera favorezcan la introducción, en la República, de los valores especificados en el numeral anterior.
En los casos de los numerales procedentes queda siempre a salvo lo dispuesto en el aparte segundo, numeral 2, de este artículo.
13. Los Jefes, Oficiales y demás individuos de un ejercito, en razón de los hechos punibles que cometan en marcha por territorio extranjero neutral, contra los habitantes del mismo.
14. Los extranjeros que entren en lugares de la República no abiertos al comercio exterior o que, sin derecho, se apropien sus producciones terrestres, marítimas, lacustre o fluviales; o que sin permiso ni títulos hagan uso de sus terrenos despoblados.
15. Los extranjeros que infrinjan las cuarentenas y demás disposiciones establecidas en beneficio de la salud pública.
16. Los extranjeros o venezolanos que, en tiempo de paz, desde territorio, buques de guerra o aeronaves extranjeras, lancen proyectiles o hagan cualquier otro mal a las poblaciones, habitantes o al territorio de Venezuela, quedando a salvo lo expuesto en los dos apartes del numeral 2 de este artículo.

Extradicción

En su momento señalamos que la Extradición es el proceso jurídico mediante el cual el Estado venezolano solicita a un país extranjero (siempre que exista un acuerdo bilateral o multilateral de extradición válidamente suscrito entre los dos países) la puesta a la orden de una persona que es perseguida penalmente en la República Bolivariana de Venezuela. Esta es una figura de derecho internacional por lo que esta definición aplica a otras naciones.

Consideramos importante señalar que existe una clasificación legal de la Extradición según la posición del Estado venezolano en el proceso, sea este el solicitante o quien recibe la solicitud. En ese sentido la Extradicción puede ser Activa o Pasiva (artículos 383 y 386 del Código Orgánico Procesal Penal).

La Extradicción Activa es aquella en la que es el Estado venezolano quien solicita a un gobierno extranjero la puesta a la orden de un justiciable que se encuentra fuera del territorio venezolano, en nuestras Notas[9] al Código Orgánico Procesal Penal nos referimos a la Sentencia de la Sala de Casación Penal del 13 de marzo de 2020:

> *El procedimiento de extradición activa deriva de un proceso principal, que es incoado por el Ministerio Público, precisamente, por la ausencia del justiciable en el territorio del país que ha de juzgar, quien de alguna forma se apartó del proceso penal seguido en su contra y existe una orden de aprehensión, o evadió el cumplimiento de una condena, es allí donde emerge la cooperación entre los Estados, con el objeto fundamental de evitar la impunidad.*
> *Las disposiciones legales aplicables en este procedimiento encuentran cabida en el Título VI: "Del Procedimiento de Extradición", en los artículos 382 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal."*

La Extradicción Pasiva, es aquella en donde es el Estado venezolano quien recibe la solicitud de un gobierno extranjero de poner a su disposición a una persona que se encuentra en el territorio nacional y es requerida por la justicia de ese país. Igualmente la Sala de Casación Penal en la sentencia 113, de fecha 13 de abril de 2012, señala:

> *"... De acuerdo a lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro país, la extradición (en su modalidad pasiva) puede ser tramitada por un gobierno extranjero ante la República Bolivariana de Venezuela, básicamente, por dos vías; en primer lugar, solicitando, como*

9 Osechas, O. Código Orgánico Procesal Penal 2021, Breves Notas, Jurisprudencia y Legislación Relacionada. Edición digital. Caracas. 2022. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1ZY8Ta3XVdq1UJ4m8IjeSnsU5iX41XKpI/view?usp=sharing

medida cautelar, la detención preventiva de la persona requerida, con el compromiso de producir posteriormente, la solicitud formal de extradición, y en segundo término, presentando directamente la solicitud formal de extradición con la documentación judicial necesaria (...).”

CAPITULO VI
DE LAS PENALIDADES

Quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no lo halló, el fundamento jurídico de la guerra.

Tobias Barreto

¿Sanción?

Antes hicimos mención de las formas más conocidas en que se agrupan las distintas teorías que explican la pena. Ahora tomaremos un extraordinario análisis clasificador realizado por Zaffaroni[10], en el cual nos presenta agrupadas las distintas teorías que explican la pena en dos grandes grupos: Teorías Absolutas de la Pena, en el sentido Hegeliano (la pena como venganza del Estado), y Teorías Relativas de la Pena, en una forma más "clásica", es decir decimonónica de la pena, (la pena como una forma de relacionamiento político), estas teorías son las que conocemos y comprendemos los abogados y abogadas modernas, que hoy hacen leyes, administran justicia o adjudican derecho, litigan o simplemente piensan sobre el derecho, Estas teorías relativas, agrupan las teorías que explican la pena en dos grandes segmentos: Las Teorías de la Prevención General, que explican la pena como un disuasivo jurídico de los tipos penales, y las Teorías de la Prevención Especial, que explican la pena como un correctivo sobre el agente del delito.

Carácter de la pena

- **Es Individualizada y personal. L**a pena sea esta corporal o no, es exclusiva para la persona a la cual es impuesta por la autoridad judicial competente para ello. Y no puede conforme a la previsión del artículo 44 en su numeral 3 de

10 Eugenio Zaffaroni (2006). Manual de Derecho Penal Parte General. PP 37

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ser transferida a otra persona o grupo de ellas.

- **Es Indivisible.** No puede ser fraccionada en el tiempo ni en su forma de ejecución. Ello sin menoscabo de la posibilidad de la redención de la pena o su suspensión condicionada o cualquiera otra fórmula establecida para su cumplimiento.

- **Temporal.** Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta (artículo 44 en su numeral 3 Constitucional).

- **Irracional.** No tiene justificación en lo jurídico, sino explicación política.

- **Legal.** Debe estar previamente definida en una ley penal.

- **Legitima.** Debe ser impuesta por un órgano judicial.

Clasificación de la Pena

En atención a la afectación de la capacidad para disponer voluntariamente de nuestra capacidad para transitar de un lugar a otro, según nuestro arbitrio, las penas se dividen en corporales y no corporales (no se castiga el cuerpo en forma literal sino que se le restringe). Así el Código Penal nos ofrece esta clasificación detallada de la pena:

> Artículo 8. Las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales.
>
> Artículo 9. Las penas corporales, que también se denominan restrictivas de la libertad, son las siguientes:
> 1. Presidio.
> 2. Prisión.
> 3. Arresto.
> 4. Relegación a una colonia penal.
> 5. Confinamiento.
> 6. Expulsión del Espacio geográfico de la República.
>
> Artículo 10. Las penas no corporales son:
> 1. Sujeción a la vigilancia de la autoridad pública.
> 2. Interdicción civil por condena penal.

3. Inhabilitación política.
4. Inhabilitación para ejercer alguna profesión, industria o cargo
5. Destitución de empleo
6. Suspensión del mismo.
7. Multa.
8. Caución de no ofender o dañar.
9. Amonestación o apercibimiento.
10. Pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible yde los efectos que de él provengan.
11. Pago de las costas procesales.

Otro criterio clasificador de las penas es su vinculación con la norma por la cual el agente es castigado, en consecuencia se tiene: Penas Principales, entendidas éstas como aquellas provenientes del delito por el que procede la acción penal del Estado o la víctima, y Penas Accesorias, aquellas que por expreso mandato de la ley son impuestas.

Esta clasificación la encontramos en el Código Penal del modo siguiente:

> Artículo 11. Las penas se dividen también en principales y accesorias.
> Son principales:
> Las que la ley aplica directamente al castigo del delito.
> Son accesorias:
> Las que la ley trae como adherentes a la principal, necesaria o accidentalmente.

Son ejemplo de penas accesorias:

En el Código Penal[11]

> Artículo 16. Son penas accesorias de la prisión:
> 1. La inhabilitación política durante el tiempo de la condena.
> 2. La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una quinta parte del tiempo de la condena, terminada esta.

En la Ley Penal del Ambiente[12]:

> Artículo 26. Contenido de la sentencia.- En la sentencia definitiva, el Juez se pronunciará sobre la responsabilidad civil

11 Reforma 2015.
12 Vigente desde1992.

> del enjuiciado y, en su caso. de la persona jurídica. Igualmente aplicará la sanción que corresponda según el artículo 5 de esta Ley. Para la determinación del monto o tipo de daños ocasionados, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Ambiente.
> El Juez, aparte de las penas podrá condenar al procesado o a la persona jurídica a:
> 1°. Restaurar, a su costa, las condiciones ambienta les preexistentes al hecho punible de ser ello posible.
> 2°. Modificar o demoler las construcciones violatorias de disposiciones sobre protección, conservación o defensa del ambiente.
> 3°. Devolver los elementos al medio natural de donde fueron sustraídos.
> 4°. Restituir los productos forestales, hídricos, fáunicos o de suelos.
> 5°. Repatriar, al país de origen, los residuos o desechos tóxicos o peligrosos.
> 6°. Instalar los dispositivos necesarios para evita r la contaminación o degradación del ambiente.

En la Ley Contra la Corrupción[13] encontramos otro ejemplo en su artículo 99

Diferencias entre la pena de Prisión y la Presidio

Estar preso es estar preso, dirían algunos, y es verdad. Pero no se trata de la situación, sino de las consecuencias jurídicas y el lugar donde se experimenta una u otra pena. Ahora bien, esta distinción en en cuanto al lugar, obedece a la necesidad del Estado de:

a) Garantizar la seguridad en los recintos penitenciarios nacionales (entendidos estos como aquellos administrados directamente por el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en asuntos penitenciarios). En este sentido se argumentó que dichos centros penitenciarios por razones de seguridad debían encontrarse retirados de espacios urbanos, que facilitasen posibles intentos de fuga de la población penitenciaria.
b) La insuficiencia orgánica de los centros de detención policiales. En su momento (siglo XX) algunos delitos menos graves en atención a la extensión temporal de su pena (alteración del orden público, vagancia, desobediencia a la autoridad, riñas, etc) podían ser objeto de rápido castigo (un escarmiento) en centros policiales.

13 Reforma 2021.

c) La expectativa de proximidad familiar o social, en delitos cuya pena tenía una extensión relativamente corta, frente a delitos con penas de larga data, también influyó en su momento en la diferenciación de las modalidades de prisión y presidio.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la pena de presidio y prisión destaca la interdicción civil. La pena de presidio podrá ser acompañada de la interdicción civil del penado. No así la de Prisión. Es decir, el condenado a prisión podrá realizar disposición de sus bienes. Por ejemplo la venta de bienes. El Código Penal así lo dispone:

> "Artículo 23. La interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria de la de presidio.
> Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital.
> A la administración de los bienes del entredicho se proveerá conforme lo dispone el Código Civil respecto de los que se hallan en interdicción."

Del Término Medio de la Pena

"*Es lo mismo robarse un lápiz que un millón de Bolívares*" decían las madres de no hace tanto tiempo. Y tenían razón, moralmente hablando, que era de hecho su intención. Sin embargo, no resulta así en cuanto a las penas, en donde cada día cuenta. Y volviendo al lápiz y al millón, aún cuando la acción es la misma, sus consecuencias evidentemente no lo son y por tanto, la legislación penal hace una propuesta de proporcionalidad a través de la implementación de rangos penales para cada delito, por lo que en las normas penales típicamente se presenta la pena en rango determinado de tiempo: Entre diez y quince años, entre tres meses y seis meses, entre seis meses y dos años, etc.

Este rango de tiempo permite a las juzgadoras y juzgadores considerar (bajo las premisas que establecen las propias leyes penales) las circunstancias específicas de cada caso en particular a los fines de su decisión en caso de condenatoria. Entre esas circunstancias específicas se encuentran las atenuantes y agravantes, el daño social causado, la forma de participación, entre otras, las cuales trataremos en su oportunidad.

El término medio es en principio la pena aplicable al delito, sin considerar las circunstancias atenuantes o agravantes. El término medio, también es la pena de referencia para el cálculo de la prescripción de los delitos cuya pena se establece en un rango temporal.

El artículo 37 del Código Penal, indica el modo específico del cálculo del término medio de la pena:

> Artículo 37. Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.
> No obstante, se aplicará la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasara uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuarta parte, que entonces se calculará en proporción a la cantidad de pena que el juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución. Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el tribunal hará dentro de estos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho. En todos estos casos se tendrá siempre presente la regla del artículo 94[14].

Formula A + B / 2 = Termino Medio

Siendo “A” el limite inferior de la pena (pena más baja que prevé la norma)

Siendo “B” el limite superior de la pena (pena más alta que prevé la norma.

14 Referida al límite temporal de treinta (30) años que establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 44 numeral 3.

CAPITULO VII
DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

Eres terriblemente hermosa
eso nadie lo discute
¿pero qué sabes tú
de la belleza?
Cuéntame lo que nadie sabe
muéstrame lo que nadie ve
Quizás lleguemos a un acuerdo

Selam Wearing

Las Cosas Pasan

La vida es infinitamente dinámica, sorprendente, hermosa, terrible así como terriblemente hermosa. Y durante la vida de todas y todos, pasarán muchas cosas, esas "cosas" para no decirles hechos, constituyen la vida misma en su suma.

Algunas de esas cosas, son consideradas por la ley como delito: dar muerte a otra persona (matar) que siempre es un buen ejemplo, es una de esas cosas que quizás algunos en su vida, realicen. Sin embargo, el dador de muerte, no necesariamente sea un delincuente, ya que podría ser un soldado, un funcionario policial, el que arrolla con vehículo a un niño que de repente salió corriendo. Pero ser un militar o un policía, no es razón suficiente para que se "justi-fique" una muerte, y el que arrolló al niño quizás debió ser mas prudente. Y también incluso el hecho pudo haber pasado hace tanto tiempo que ya a nadie le importe.

El derecho penal, en teoría, persigue determinar la responsabilidad penal de una persona. Para determinar dicha responsabilidad las leyes penales han determinado con especificidad las condiciones necesarias para que un hecho considerado delito, pueda ser en primer lugar imputable como delito a una persona, en segundo lugar los requisitos para que la persona pueda ser objeto de una

imputación penal, en tercer lugar si los presupuestos anteriores han sido satisfechos el grado de esa responsabilidad.

Sobre la Ignorancia de la ley.

¿Cómo podemos ser responsables de lo que desconocemos? El Código Civil y el Código Penal, contienen normas similares:

> Código Civil: Artículo 2.- La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.
>
> Código Penal: Artículo 60.- La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta.

El Código Civil hace referencia a las leyes en general, y el Código Penal a los tipos penales, tanto en los delitos que el prevé, como en aquellos tipificados en leyes penales especiales.

Observemos el siguiente tipo penal:

> "Los que atenten contra los derechos del legitimo titular o poseedor de una patente, fabricando, ejecutando, transmitiendo o usando con fines industriales y de lucro, sin el consentimiento expreso o tácito de aquel, copias dolosas y fraudulentas del objeto de la patente, serán castigados con prisión de uno a doce meses.[15]"

Nos preguntamos ¿cuantas personas hoy en nuestro país, conocen de la existencia de esta norma?, ¿cuantas entienden los conceptos de las expresiones "legitimo titular de derechos", "patente", y "dolosa"?.

Ahora bien si por casualidad sabemos que existe la norma, y de forma aún más casual conocemos los significados de los términos en ella contenidos ¿Qué sabemos?, como podríamos saber si lo que hacemos en nuestro emprendimiento se corresponde con lo que proscribe la norma.

¿Como podría alguien saber que la idea con la que se despertó la semana pasada para inventar una aplicación para teléfonos

15 Artículo 98 de la Ley de Propiedad Industrial. Gaceta Oficial Nro. 25.227, de fecha 10/12/1956. Vigente.

inteligentes, y que al implementarla rápidamente le ha generado beneficios económicos, no había sido pensada, imaginada y especialmente patentada por otra persona hace dos años?.

Ignorar (desconocer la Ley) no hace que la Ley no exista, no entender su sentido, importancia o lógica, tampoco la menoscaba de forma alguna.

La pregunta es ¿porqué? Y como siempre depende del cristal con que se mire: es decir, para no parecer tan poco académicos, la perspectiva epistemológica con la que abordamos el problema objeto de estudio. En ese sentido en una perspectiva positivista, entendemos que la presunción del conocimiento de la ley *juris et de jure* obedece al principio de la seguridad jurídica, en la que se iguala la condición de las personas delante de la ley, y en consecuencia su cumplimiento obligatorio dentro del territorio es exigible en igualdad de condiciones. *Nemini licet ignorare jus.* Como principio, es el argumento de la idea. Si a nadie le está permitido desconocer, todos conocen.

Entendemos que no es sensato dejar en la voluntad de cada quien la eficacia de la norma, así como tampoco es posible conocerlas todas. La verdadera justicia, encararía una presunción que admita prueba en contrario, es perfectamente posible desconocer una ley penal, estoy segura que muchas no las conozco, pero no puedo saber lo que no sé. Y frente a esto el orden social.

Una visión más frackfurtiana, nos indica que la presunción del conocimiento general de la ley, es un mecanismo que garantiza a los intereses dominantes la inmediata y homogénea aplicación de los mandatos prescritos en las normas, al mismo tiempo que crea ideología, ya que está presunción se basa en la premisa de que el contenido de una norma es justo y acorde con el sentido común de las personas, ya que “nunca se promulgaría una ley injusta o ilógica” y jamás se promulgarían leyes como la de Vagos y Maleantes, por ejemplo.

De la Responsabilidad Penal

Ser responsable no significa lo de siempre, no significa ser esa persona con la que se cuenta una vez se compromete a algo. En el

derecho las cosas no son tan simples: Ser responsable en derecho civil es la medida de la afectación del patrimonio por los actos que realiza una persona. Ser responsable en derecho penal, es haber sido condenado por un delito. La responsabilidad penal consiste en la individualizada condenatoria a una pena.

Aplicar una pena, es simplemente castigar, hacer sufrir, de momento nos gusta hacer sufrir a la gente con el aislamiento social, los apartamos del mundo y escondemos la llave, nos olvidamos de esas personas, y así nos sentimos un poco más seguras y seguros.

¿Como ser responsables penalmente?

La respuesta es simple: Realizar una acción penada por la ley de forma voluntaria. O de un modo tal que aún sin haber obrado con la intención de realizar la acción la ley penal castigue la acción u omisión de la que se trate.

En principio, como dice el refrán popular "la intención es lo que cuenta". Es decir, la realización de la acción orientada a un resultado por la voluntad del denominado sujeto activo: el transgresor de la norma penal.

Como antes señalamos, la culpabilidad es un elemento esencial del paradigma jurídico del delito. Y para que exista culpabilidad, debe darse una serie de condiciones de naturaleza esencialmente subjetivas. Nótese que los tipos penales comúnmente inician con las expresiones "El que"[16] "Cualquiera que" "Todo individuo que" seguido por la indicación de una forma verbal: "lesione", "de" (del verbo dar), "cause" "constriña". Es decir, una persona que hace, pero que hace por su propia voluntad y no como consecuencia de otros factores. Así el artículo 61 del Código Penal excluye lo que la moderna doctrina denomina la "responsabilidad objetiva", es decir la responsabilidad que no proviene del Dolo o la culpa, conforme al llamado Principio *versanti in re illicita casus imputatur* (quien quiso la causa quiso el resultado).

16 Gracia Martín, advierte que esta particularidad sustantiva, tiende a desaparecer en los delitos especiales (tipificados en leyes especiales) donde la restricción a la autoría también podría articularse mediante la redacción de la conducta típica. (El Actuar en Lugar de Otro. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985)

> *"Artículo 61. Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.*
> *El que incurra en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.*
> *La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario."*

Dolo

El Dolo es la concreción de una voluntad consciente. Es decir es la suma de una voluntad y un saber que se concretan en un hecho. La abstracción de esta definición implica necesariamente la existencia de formas de materialización del dolo, a saber: una tipología del dolo.

La concreción de una voluntad consciente, implica que el sólo tener, por ejemplo el deseo de matar a una persona, con pleno conocimiento de las consecuencias de este hecho, no constituye dolo, y no nos referimos sólo a un deseo meramente declarativo sino a una verdadera intención. Esta voluntad consciente debe materializarse (incluso como tentativa o acción frustrada), ya que el dolo entendido como la voluntad y el conocimiento puros, no implican responsabilidad penal.

Tipologías del Dolo

1) Dolo de Grado 1 /Dolo Directo
2) Dolo de Grado 2 / Dolo Indirecto/ Dolo de Consecuencia Necesaria
3) Dolo de Grado 3/ Dolo Eventual.

1) El sujeto activo, el agente, realizó su acción con una intención consiente. Es decir, conocía las consecuencias de su acto y sabía que deseaba hacer con especificidad. Por ejemplo A quería matar a B y lo hizo.

2) El sujeto activo, el agente, realizó su acción con intención pero con conocimiento de las consecuencias de manera inespecífica. Aquel que coloca una bomba y causa la muerte de una persona que no conocía.

3) El sujeto activo, el agente, realizó su acción con una intención clara y conocimiento de sus consecuencias, aún cuando, la eventualidad, modificó el resultado esperado. A dispara con la intención de dar muerte a B, pero C se interpone entre A y B y muere. O cuando se conoce y acepta que se está realizando la acción y se conocen sus consecuencias, y seguir actuando a pesar de ello (conformarse con el resultado típico o siéndole indiferente su producción)[17]

Culpa

Es la condición de ausencia de intención en el resultado de una acción. Abstracción que también plantea una tipología:

a) Culpa Consciente: El agente, el sujeto activo, no tiene intención alguna de dañar, pero puede comprender que existe la posibilidad de causar un resultado "negativo" o "lesivo" pero confía en que dicha posibilidad no ocurrirá.

b) Culpa Inconsciente: El agente, el sujeto activo, no tiene intención alguna de dañar, ni prevé (porque no comprende que existe la posibilidad) causar un resultado "negativo" o "lesivo".

Medir la intención

La doctrina y la jurisprudencia han producido cinco posibilidades para la interpretación del artículo 61 del Código Penal, en cuanto a la intención necesaria para la aplicación de una sanción penal (responsabilidad penal):

1- Culpa Inconsciente
2- Culpa Consciente
3- Dolo Eventual
4- Dolo Indirecto
5- Dolo Directo

Es importante destacar que lo que separa la culpa del dolo, es la confianza que el sujeto activo tiene, en el momento de la

17 Sala Constitucional Sentencia nro. 490, con carácter vinculante del doce (12) de abril de 2011.

concreción del hecho, de producir o no el resultado que la ley pena. Es decir si sabe que puede ocasionar el daño y no confía en poder evitarlo, habrá cruzado el limite de la culpa consciente y entrado en espectro del dolo eventual.

La Preterintencionalidad

Entre las cosas que pueden pasar está que una persona pueda tener una intención perfectamente determinada para su acción pero que culmina con un resultado distinto. Francisco Carrara, señalaba esta tercera especie de la Responsabilidad Subjetiva a los efectos del homicidio. Creando una especie de mixtura entre el dolo y la culpa, señalando que la acción inicia dolosa por la intención, y culmina culposa en el resultado.

Otros autores niegan esta tercera forma de la responsabilidad objetiva y la subsumen dentro del Dolo Grado 3 o Dolo Eventual, en función de la intención dañosa. Otros autores por su parte lo integran dentro de la idea de la Culpa Consciente ya que el daño pudo haberse previsto.

Claro que la idea de mesclar el Dolo y la Culpa resulta atractiva, en algunos Estados Federales Méxicanos resultó irresistible y dentro de las formas de la responsabilidad incluyeron expresamente la preterintención. Como por ejemplo el artículo 44 del Código Penal del Estado de Coahuila la define: “Concepto de Preterintencionalidad. El delito es preterintencional cuando en atención a la mecánica de los hechos, se demuestre que se produjo un resultado mayor que el deseado, si el mismo se produce culposamente.”

Terriblemente Hermosa

Podemos hacer cosas (pensemos sólo en las “malas”) mientras estamos dormidos, pero no puede decirse que teníamos la intención de hacerlo, aunque el resultado nos resulte grato. Y sin voluntad o intención no hay delito.

También podemos hacer cosas (sigamos pensando sólo en las “malas”) cuando nuestra mente, es incapaz por razón de enfermedad, de comprender (ser consciente) o regir los actos del resto del cuerpo. Y sin esa responsabilidad subjetiva que prevén el

dolo y la culpa no existe delito, ya que insistimos la responsabilidad objetiva esta proscrita en nuestra ley penal.

La peligrosidad del enfermo mental, la curamos como la peligrosidad del que está sano, lo aislamos, salvo que cuidamos de hacerlo en un hospital en razón de nuestra social humanidad, pero para compensar el tiempo es indefinido y dejado al arbitrio de los tribunales penales.[18]

Pero algunos estamos más locos que otros, por eso el legislador incluso plantea que en algunos casos la enfermedad mental, puede no excluir totalmente la responsabilidad penal, es decir, el Juez o Jueza previa experticia de reconocimiento o evaluación psiquiátrica determinará el nivel de comprensión y dominio de sus actos y voluntad del sujeto activo de la transgresión penal.

Sobre la Embriaguez

Estar "borracho o borracha" es ciertamente estar privado de cierto nivel de conciencia de los actos. Lo que en principio parecería conforme a lo visto hasta ahora, un eximente de responsabilidad penal. Sin embargo, el "borracho o borracha", justo antes de estarlo es una persona consciente como cualquier otro, y comprende que bajo los efectos del alcohol puede realizar acciones imprudentes o temerarias, e incluso conociéndose sabe que efectos tienen sobre su personalidad el consumo de bebidas "espirituosas" (que puede volver agresiva a una persona, o hacerla dormir, llorar o reír) que pongan la integridad física de otros e incluso la suya en una situación de peligro. En ese sentido el articulo 64 del Código Penal prescribe:

> Artículo 64. Si el estado de perturbación mental del encausado en el momento del delito proviniere de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes:

18 Código Penal Artículo 62. No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos. Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretara la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.

> 1. Si se probare que, con el fin de facilitarse la perpetración del delito, o preparar una excusa, el acusado había hecho uso del licor, se aumentará la pena que debiera aplicársele de un quinto a un tercio, con tal que la totalidad no exceda del máximum fijado por la ley a este género de pena. Si la pena que debiere imponérsele fuere la de presidio, se mantendrá esta.
> 2. Si resultare probado que el procesado sabia y era notorio entre sus relaciones que la embriaguez le hacia provocador y pendenciero, se le aplicarán sin atenuación las penas que para el delito cometido establece este Código.
> 3. Si no probada ninguna de las dos circunstancias de los dos numerales anteriores, resultare demostrada la perturbación mental por causa de la embriaguez, las penas se reducirán a los dos tercios, sustituyéndose la prisión al presidio.
> 4. Si la embriaguez fuere habitual, la pena corporal que deba sufrirse podrá mandarse cumplir en un establecimiento especial de corrección.
> 5. Si la embriaguez fuere enteramente casual o excepcional, que no tenga precedente, las penas en que haya incurrido el encausado se reducirán de la mitad a un cuarto, en su duración, sustituyéndose la pena de presidio con la de prisión.

De la Autoridad[19]

Como antes señalamos durante la vida las personas hacen cosas y bajo ciertas condiciones esas cosas son consideradas delito y bajo otras condiciones esas mismas cosas no lo son. Y no lo son por expresa manifestación de la ley de cuales condiciones hace no punibles acciones que normalmente consideraría la ley un delito.

Fuerzas militares y fuerzas del orden público, funcionarios judiciales, y otros funcionarios públicos, portan armas, e incluso las emplean contra otras personas. Autorizan el despojo de bienes, o limitan la libertad de acción de otras personas. Pero lo hacen con arreglo a un conjunto de normas que incluyen:

- Normas que establecen la progresividad en el uso de las armas o la violencia contra terceros.

- Normas que establecen sustantivamente las circunstancias de una transgresión legal.

19 Referido al artículo 65 numeral 1 del Código Penal.

- Normas que establecen adjetivamente los modos de actuación de los funcionarios públicos.

De la Autorización[20]

Algunas actividades no necesariamente relacionadas con el poder público, comprenden acciones que igualmente son consideradas delitos fuera de ese contexto, y que ameritan por tanto la autorización de las autoridades competentes para su ejecución:

- Actividades con potencial para degradar el ambiente.

- Manejo de substancias sometidas a control del Estado, entre las que destacan las sustancias utilizadas para el procesamiento de drogas, substancias radioactivas, substancias que puedan ser utilizadas como armas o necesarias para la elaboración de armas.

- Uso de equipos o maquinarias de alta sensibilidad.

- Actos de comercio con material estratégico.

- Entre otras.

Algunas acciones si relacionadas con el poder público, pueden traducirse en delitos o faltas, pero no provenir de la voluntad del sujeto activo, sino de la voluntad de quien ejercía autoridad sobre este, en ese sentido no será punible el hecho realizado por el sujeto activo, siempre que hubiese realizado la acción en virtud de obediencia legítima y debida, siendo en esos casos responsable penalmente quien da la orden.

20 Referido al artículo 65 numerales 1 y 2 del Código Penal.

Defensa Propia[21]

Es una institución jurídica, comprendida por todo el mundo. Y sin embargo, nos resulta en extremo difícil de comprender su naturaleza, su taxonomía jurídica.

En principio[22] es una figura jurídica que se centra en la violencia, la "defensa", en este caso no puede comprenderse en un sentido integral o multisignificante, sino enteramente como repulsión violenta contra otra persona de la especie humana, del peligro inminente o cierto que ella signifique. Es decir, la defensa en este caso excluye ideas como la prevención.[23]

La defensa propia, incluye la defensa de lo propio, es decir, del patrimonio, pero está referida, como antes indicamos a la repulsión violenta de ataques a nuestro derecho, a saber a nuestro derecho a la propiedad, ya que no podemos responder violentamente contra ataques de terceros sobre derechos de otra naturaleza, o responder violentamente contra personas de naturaleza jurídica por su ataque a nuestro derecho a la propiedad.

La defensa violenta debe ser proporcional, aunque la proporcionalidad pudiese estar supeditada a la afectación de la conducta del ofendido por razón del terror, temor o incertidumbre que el peligro le suponga.

No debe haber mucha provocación por parte del que actuá en su propia defensa[24]

La idea de la legitima defensa o defensa propia, se plantea también en la dimensión distinta al ataque, razón por la cual consideramos que se trataría de una forma impropia de la legítima defensa, en virtud de la ausencia de atacante, a la propia vida o la

21 Referido al artículo 65 numeral 3 del Código Penal.
22 Existe una excepción en el literal d del numeral 3 del artículo 65 del Código Penal, aún cuando en ese caso no se puede hablar de defensa propia o legítima defensa de un modo propio.
23 Ampliamente aceptada en el derecho internacional fáctico, es la idea de los ataques preventivos, a naciones que puedan identificarse como amenazas (usuales o inusuales, ordinarias o extraordinarias) a los intereses de las hegemonías internacionales.
24 No es muy feliz la expresión " Falta de provocación suficiente" del literal "c" del numeral 3 del articulo 65 del Código Penal.

de un tercero: "*El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente...*" ya no hay necesidad de defensa sino de salvamento, es decir, acciones orientadas a salvaguardar la vida propia y la de otros frente a peligros propios del mundo (incendios, inundaciones, terremotos, estampidas humanas, etc) que comúnmente serían consideradas como delitos, bajo estas circunstancias no son punibles. Por ejemplo tomar un automóvil ajeno a los fines de huir de una inundación, no sería punible.

No poder

Hacer lo que se debe, estará siempre bien. Y no hacerlo en algunos casos, constituye delito, por ejemplo brindar el debido socorro, cumplir con las formalidades previstas en la Ley de Contrataciones Públicas si uno es funcionario público que maneja fondos públicos, vender productos alimenticios sin boicotear la alimentación del pueblo, son deberes que debemos cumplir, pero que pudiésemos omitir, incurriendo en consecuencia en transgresiones penales. Sin embargo, también es posible que no pueda la persona cumplir con ese hacer debido a circunstancias que le son ajenas, en ese sentido la ley penal[25] ha previsto la no punibilidad en dos dimensiones, el no poder por causa legítima, es decir un eximente legal de realizar el hacer, como por ejemplo una prohibición o eximente de realización de concursos públicos de selección de contratistas por una disposición normativa. O no poder realizar la acción de dar socorro por una causa de hecho, por ejemplo la imposibilidad de acercarse a la persona herida.

De las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal

Una forma de ser de la realidad material (una circunstancia), una caracterización de la forma (el como, el cuando, el quien, el donde) en que se presentan los hechos con trascendencia penal son las circunstancias los modos.

Atenuar implica disminuir, y en el derecho penal se disminuye el castigo, la pena en su cuantía temporal o pecuniaria según el caso. La atenuación implica, que una vez realizado el cálculo del

25 Artículo 73 del Código Penal.

término medio de la pena conforme al artículo 37 del Código Penal, operación esta que consiste en la sumatoria de los límites inferior y superior de la pena que comprenda el típico penal y se divida entre dos (2). resultando el término medio,[26] una vez calculado el término medio el juez o jueza en atención a las circunstancias específicas del hecho podrá imponer según su criterio judicial, una pena comprendida entre el limite inferior y el término medio de la pena.[27]

Agravar implicará aumento, y en derecho penal se aumenta el castigo, la pena en su cuantía temporal o pecuniaria. La imposición de la pena resultante se comprenderá entre el término medio de la pena y el límite superior de la misma con la excepción prevista en el articulo 78 del Código Penal.[28]

Ahora bien, cuando el legislador usa la expresión circunstancia atenuante o agravante, éstas deben ser comprendidas en sus dos dimensiones: cuantitativa y cualitativa, en cuanto a su dimensión cuantitativa previamente señalamos sus implicaciones. En cuanto a la dimensión cualitativa, lo que se atenúa o agrava es la lesividad social de la acción transgresora de la norma penal, es decir el daño que causa en el patrimonio moral y material del pueblo. No implica el mismo daño social el robo de un vehículo por una persona cualquiera que optó por esa solución a sus problemas económicos, a que esa solución sea realizada por un policía u otro servidor público. No es posible imponer el mismo castigo a una persona cualquiera que golpee a un niño, que si esa persona es su maestro de escuela, o quien tiene su guarda y custodia.

La Rabia y el Dolor

El control de nuestras emociones, puede llegar a ser precario, en especial si se está sometido a un factor de provocación, lo que en modo alguno constituye una justificación para transgredir normas

26 En estadística a esta operación se le conoce como cálculo del promedio.
27 Las atenuantes genéricas están previstas en el artículo 74 del Código Penal, algunas leyes especiales establecen específicas de los tipos penales en ellas previstos.
28 Las agravantes genéricas están previstas en el artículo 77 del Código Penal, algunas leyes especiales establecen específicas de los tipos penales en ellas previstos.

con trascendencia penal en contra del provocador, en especial cuando dicha provocación puede ser incluso justa y otras veces también injusta.

Las juezas y jueces pueden provocar la ira o el dolor de una persona sometida a su jurisdicción, no es extraño el ataque a funcionarios como reacción a sus decisiones, aún cuando estas sean consideradas como justas por el atacante, pero aun así, no impiden su arrebato de ira. Cuando la provocación es justa la agresión puede convertirse bien en un delito autónomo como en el ejemplo anterior, o como una agravante de otro delito.

Cuando la provocación es injusta, se constituye en una circunstancia atenuante y corresponde a los jueces de instancia determinar el nivel de su atenuación según la gravedad de la provocación.

Error en la víctima

Cualquiera se equivoca, en fin errar es de humanos. Y si la intención y la voluntad son pilares de la idea del delito en el derecho penal contemporáneo, la falta de intención directa (el dolo indirecto) bien sea por equivocación o accidente, en el resultado no afecta la transgresión social en si misma, se ha previsto en el artículo 68 del Código Penal, que las circunstancias agravantes que hubiesen podido afectar el *cuantum* de la pena no se consideren, pero si aquellas circunstancias atenuantes que la pudiesen disminuir.

De la vejez

Llegar a vieja o viejo tiene sus privilegios, en el transporte colectivo acostumbran los jóvenes a ceder su asiento, filas o colas especiales en los bancos y otras instituciones, el derecho bien ganado de ser más gruñona o gruñón. Y en caso de cometer algún delito la pena sería de arresto que no excedería de cuatro años, y con la posibilidad de cumplirlo en casa.[29]

29 Artículos 75 y 76 del Código Penal y 490 del Código Orgánico Procesal Penal.

De la Tentativa y del Delito Frustrado

No consumar el delito, constituye una especie *suigeneris* de atenuante[30] (en su dimensión cuantitativa) de la responsabilidad penal. Es decir el delito inacabado es punible, en un modo disminuido. Ahora bien existen dos formas de teniendo la intención y el conocimiento (dolo) para la realización de un acto delictivo, no lograr consumarlo:

1) No haber podido completar la acción. Tentativa. Se rebajará de la mitad a las dos terceras partes de la pena que hubiese sido impuesta al delito consumado.

2) No ser capaz de completar la acción. Frustración. Se rebajará la tercera parte de la pena que hubiese sido impuesta al delito consumado.

Al respecto Soler nos plantea que:

> *Pero existen también dos posibilidades de aplicación de un tipo penal, que no requieren esa realización cumplida de todos los elementos. Los tipos penales son así extendidos, ampliados, para abarcar hechos que solamente están dirigidos hacia el tipo; pero que no importan su realización perfecta.*
> *Esa función ampliatoria de los tipos penales la desempeñan las disposiciones sobre tentativa y sobre participación. En ambas hipótesis el hecho entra en relación con un tipo determinado, a través de ciertas disposiciones de la parte general que lo amplían; por eso, les llamamos formas mediatas o ampliadas de subordinación.*
> *Podría decirse que las disposiciones sobre tentativa amplían temporalmente el alcance de la figura, haciendo delictivo no solamente el momento de la consumación, sino otros momentos que están antes de ella. Las disposiciones sobre participación operan una especie de ampliación espacial y personal, pues hacen aplicable el tipo no solamente al sujeto que ha realizado la acción característica*

30 Dejamos claro que no es una atenuante propiamente dicha.

> *del delito, sino también a otros sujetos que están al lado de él. La tentativa amplía la acción típica, atrapando acciones anteriores; la participación amplía el círculo del sujeto imputable, atrapando acciones laterales. (Soler, 1992 pp.208 Tomo II)*

Esta ampliación del tipo penal abarca dos dimensiones: una temporal (*iter criminis*), y una relativa a la incapacidad o ineficacia de las acciones.

En cuanto a esa dimensión temporal, es preciso señalar antes, que no aplica a todos los delitos ya que algunos tipos penales por su propia naturaleza son de un tiempo único, (los que denomina la doctrina delitos de acción) donde la sola acción, sin que medie un resultado es considerada delito. Sino que aplica a los delitos que ameritan de un supuesto de realización *(iter criminis),* para que conforme a la ley penal hecho punible no sólo se materializa con su consumación objetiva, sino además con la tentativa y frustración.

Señala al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 17/02/2006 (Exp 05-1798):

> *"Como se puede apreciar, el legislador no sólo considera punible el delito consumado, forma general de punición de los delitos en cuanto a iter criminis se refiere, sino también la tentativa y el delito frustrado, formas imperfectas de realización del hecho punible o tipos de imperfecta realización, así denominados en razón de sus particularidades respecto del tipo perfecto (consumado), cuyo referente en ellos es imprescindible pues no existe el delito de tentativa o el delito frustrado per se, como tipos penales, sino el delito de tentativa o el delito frustrado, por ejemplo, de robo, cuya necesidad de castigo está estrechamente relacionada con la necesidad de castigo del delito consumado desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, es decir, verbigracia, tanto el delito de robo consumado como el delito de tentativa de robo protegen la propiedad, bien jurídico común a ambos delitos, y no, como pretende asomarse en la*

> *decisión objeto de la presente revisión, de bienes jurídicos distintos (el objeto jurídico de la tentativa de robo no es el orden público, sino la propiedad)"*

Como siempre la pregunta es ¿porqué?, o más bien para dar una precisión crítica al cuestionamiento ¿Qué busca el derecho penal, al extender "el radio de acción del delito" más allá de la consumación que objetivamente causa el daño?, ¿porqué el moderno derecho se apartó de la posición germánica del siglo XIX que sí se concentraba en el daño finalmente causado, omitiendo la punibilidad de todo lo inocuo?

La respuesta está en la necesidad de la culpabilidad como elemento que justifica la pena. De ese modo el delito y sus beneficios al sistema económico, que antes señalamos y que desnuda el marxismo, se ven exponenciados por ese camino (*iter criminis*) entre el pensar cometer un delito, su preparación, y finalmente su ejecución. Bajo esta misma premisa se fundamenta también la participación de terceros o complicidad.

De las formas de Participación en el Delito

Había una vez: un gentío.

No pocas veces la transgresión de las normas penales es un hecho que implica una comunidad de personas. En ese sentido para la determinación de la responsabilidad penal, se deben tomar en consideración el modo de participación de estas personas en la realización del hecho o hechos por los cuales son sometidos a persecución penal.

Coautoría

Cuando dos o más personas realizan de modo conjunto un hecho con trascendencia penal, siendo mutuamente concurrente su actuación, se está en presencia una forma de participación en la que cada actor es sujeto activo del delito y un agente de su perpetración.

La principal consecuencia jurídica de este modo de participación de dos o más personas en un hecho con trascendencia penal,

estriba en que cada uno de los autores será penado con la pena correspondiente al hecho perpetrado.

Instigación

Consiste en influenciar por cualquier medio de sugestión la voluntad de un tercero o terceros para que realice una acto típico antijurídico. Los llamados autores intelectuales, son instigadores, así como aquellas personas que "contratan" servicios delincuenciales, ya que el pago por dichos servicios es una forma económica de determinar a otros a cometer los ilícitos penales.

Complicidad

Ser parte de la acción delictiva de un modo secundario, pero activo, desde un impulso instigador, a la ayuda y colaboración antes, durante y después de consumado el hecho, siempre que no sea esencial para su realización. Es decir la complicidad puede manifestarse en principio pero no únicamente de los siguientes modos:

Complicidad necesaria: La complicidad necesaria es aquel modo de participación a través de la realización de las acciones de impulso instigador antes de la consumación del hecho y la promesa de asistencia una vez realizado; instruyendo el modo de realización del hecho o aportando los recursos necesarios para su realización; facilitando la realización del tipo o prestando asistencia o ayuda para que logre realizarse. Pero con la condición de que este modo de participación sea imprescindible para la realización del hecho, es decir, si no se hubiesen materializado dicha participación el hecho mismo no hubiese tenido lugar. En el caso de la complicidad necesaria, se aplica la misma pena al cómplice necesario que al autor del delito.

Complicidad no necesaria: consiste en la participación a través de la realización de las acciones antes señaladas[31], con la diferencia que estas acciones no eran esenciales a la realización del acto, es decir, el acto se hubiese podido realizar sin dicha participación. El

31 En ambos casos se corresponden con los numerales 1,2 y 3 del articulo 84 del Código Penal.

culpable de complicidad no necesaria será impuesto de la misma pena que al autor del delito rebajada por la mitad.

La complicidad como figura típica autónoma comprende las agravantes y atenuantes genéricas bajo las reglas contenidas en el articulo 85 del Código Penal.

De la complicidad Correspectiva

Propia exclusivamente de los delitos de lesiones y homicidio, esta forma de participación en el hecho delictivo, se caracteriza por la indeterminación del daño causado de forma individual, pero con la certeza de la intención colectiva de causar el daño.

La Sala de Casación Penal, en sentencia 394 del 29 de julio de 2008 dejó claro que este tipo de participación sólo es aplicable a los delitos de lesiones y homicidio:

> *"… la Sala observa, en relación al delito de Abuso Sexual a Adolescente, en grado de complicidad correspectiva, por el cual les fue impuesta a los nombrados jóvenes adultos, la sanción de privación de libertad, la Sala estima necesario hacer las siguientes consideraciones:*
> *El Código Penal establece en el articulo 424, la complicidad correspectiva, la cual se configura cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no puede descubrirse quien las causó, castigándose a todos, en razón de tal circunstancia, con la pena correspondiente al delito cometido, disminuida de una tercera parte a la mitad.*
> *Como se puede observar, la complicidad correspectiva sólo está establecida para los delitos de homicidio y lesiones, cuando no se pueda determinar cuál de las personas que participaron en la comisión de los mimos fue la que causó la muerte o las lesiones."*

Definida como señala la Sala de Casación Penal en el articulo 424 del Código Penal, se establece una rebaja sobre la pena aplicable al delito cometido de una tercera parte a la mitad.

La figura de la complicidad correspectiva plantea en el único aparte de la norma del articulo 424, de modo directo la idea del cómplice del cómplice:

Artículo 424. Cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiere descubrirse quien las causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad.
No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho. (resaltado nuestro)

Observemos como es posible (y esto es aplicable a todos los delitos) que incluso los cómplices pueden tener cómplices, es decir una persona pudo haber sido cooperador del delito cometido por terceros (por ejemplo facilitando los objetos o armas con los que agreden a la víctima).

Multiplicidad de Victimas

En algunos casos quienes abundan son las victimas, entendidas estas como aquellas ofendidas por la transgresión penal realizada por el sujeto activo o agente del delito o su pluralidad, la multiplicidad de victimas implica la individualización del agente o agentes del delito. Así como también la individualización de quienes son victimas de estos hechos, caso contrario se estaría en presencia de delitos que ofenden a la colectividad.

En el delito de estafa, es frecuente apreciar el fenómeno de multiplicidad de víctimas, en especial en los fraudes inmobiliarios y en los fraudes financieros. En donde un grupo perfectamente determinado o determinable de personas son objeto de defraudación por una o más personas.

En los casos de multiplicidad de victimas que ejemplificamos se esta en presencia de un **Concurso Real de Delitos,** aún cuando el delito siempre sea uno (1) sólo, cada persona a sido estafada por separado, es decir un estafador inmobiliario, siguiendo con el ejemplo, puede estafar a veinte personas, con el mismo inmueble

o con varios inmuebles. En ese supuesto se estaría en presencia de veinte delitos de estafa.

El Concurso Real de Delitos consiste en la perpetración de dos o más delitos, siempre que cada delito de manera autónoma conlleve a la imposición de una pena. En dichos casos como método de cálculo los artículos 86 al 93 del Código Penal establecen fórmulas para el cálculo del *cuantum* de la pena basadas en su caracterización como presidio y presidio junto a otras penas, o prisión, y prisión junto a otras penas: arresto y arresto sumado a otras penas, en donde se aplica al delito más grave la pena comúnmente a imponer y al resto de los delitos una fracción de la dicha pena.

Concurso ideal de delitos[32]

Es quizás una elección no muy feliz de un *nomen* a una forma de presentarse los fenómenos jurídicos. En este caso cuando un mismo hecho, de modo simultáneo viole varias disposiciones legales, no es que sea "ideal" que esto suceda, sino que la forma en que varios delitos pueden presentarse en una misma situación. De un modo distinto al concurso real de delitos.

El arrollamiento de varias personas, con distintos niveles de afectación puede dar lugar a diversos tipos penales que se adecuan a un sólo hecho, lesiones en sus tres modalidades de gravedad y homicidio, pudiendo según el caso corresponderse con las modalidades culposa o en dolo eventual en incluso otros tipos de dolo.

Me tropecé de nuevo con la misma piedra

Una cosa humana es equivocarse una vez, y una cosa más humana aún es volver a hacerlo. En derecho penal esto se llama reincidencia. Es considerada una circunstancia agravante, razón por la cual la reincidencia está determinada por un rango temporal de diez años comprendido entre la emisión de una sentencia condenatoria (definitivamente firme) y los diez años siguientes al cumplimiento de la pena impuesta. Es decir que una vez cumplida la pena y dentro de los diez años siguientes, toda violación de una norma penal es considerada como reincidencia. Y dicha

32 Articulo 98 del Código Penal.

reincidencia es una agravante de dicho delito por lo que su cálculo de pena a imponer se ubicará entre el término medio y el límite superior de la pena previsto en la norma que define el tipo penal. Y en caso de una tercera y otras condenatorias por hechos de la misma especie, le será aumentada la pena en la mitad.

Pena máxima.

En la República Bolivariana de Venezuela, la pena máxima a imponer a una persona declarada culpable de delito es de treinta (30) años de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del articulo 44 Constitucional. Y desarrollado en el articulo 94 del Código Penal.

Treinta años es el promedio de una pena que podría considerarse como muy pobre para delitos graves si tuviese como limite inferior diez (10) años y como límite superior cincuenta (50) años. El primer extremo podría ofender fácilmente a quienes aspiran una justicia dura en términos de castigo. Y el segundo parecer demasiado cercano a una condena a muerte en prisión.

Quizás por eso se escoge ese término medio para el máximo sufrimiento a que está dispuesta la sociedad venezolana. En todo caso está sujeto a la evaluación de la eficacia de su condición normativa. ¿Habría diferencia si la pena máxima fuese otro número de años, mayor o menor que el 30?

CAPITULO VIII
COMO TERMINA TODO

Dios te de ventura en armas
y en amores otro que si
que el cuerpo come la tierra
y el alma pena por ti

Romancero Español. Anónimo

Nada es para siempre

La idea de que los delitos son personalismos, es una idea moderna, en la antigüedad, eran perfectamente transferibles las ofensas que pudiese realizar una persona a otra, o al Estado o a la Religión. No podría hablarse propiamente de delitos, pero si de formas de ofensa, y hasta los pecados de los padres se hacían extensivos desde los días de Adán y Eva y su generosa herencia.

El surgimiento del Capitalismo, hizo necesario que fuesen otros los haberes susceptibles de transferencia y herencia, y se suprimiesen de ese listado algunos otros, como los títulos nobiliarios, los cargos públicos y los delitos. Pueden heredarse las deudas, pero no las ofensas o el deshonor. Esto garantiza la objetiva mercantilización de los asuntos, sin la carga social de familias con reputaciones manchadas por alguna circunstancia que debían abandonar mercados y sistemas económicos en las ciudades pujantes de la Europa que entraba en la era de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Así las cosas no tardó en aparecer la idea de la extinción de la acción penal, por múltiples razones una de ellas por ejemplo la muerte. El ladrón, el homicida, el estafador era el dueño único de su patrimonio moral y no era transferible a nadie más ni aún por vía de la herencia.

Esta idea tiene su equivalente moderno en nuestro país en el artículo 103 del Código Penal:

> *Artículo 103. La muerte del procesado extingue la acción penal. La muerte del reo extingue también la pena, aun la pecuniaria impuesta y no satisfecha y todas las consecuencias penales de la misma, pero no impide la confiscación de los objetos o instrumentos con que se cometió el delito ni el pago de las costas procesales que se harán efectivas contra los herederos.*

La extinción de la acción penal conlleva al sobreseimiento de la causa. De conformidad con lo previsto en el numeral 3 del articulo 300 del Código Orgánico Procesal Penal.

Te perdono todo

La transgresión penal, o el delito si se prefiere el término, puede definirse de distintos modos como antes pudimos ver, entre esos posibles acercamientos al concepto de delito también encontramos como definición de éste: La ofensa o infamación a los intereses particulares o públicos que puede realizar una persona, y que reviste carácter penal.

Una ofensa o infamación puede ser objeto de perdón por la parte ofendida, incluso si es el Estado todo o una sola persona. Las formas en que el Estado perdona son la Amnistía y el Indulto, la primera de ellas por decreto del Poder Legislativo y la segunda por Decreto del Poder Ejecutivo. Con las características y diferencias que le son propias a dichas instituciones jurídicas. Pero que en fin representan una forma de perdón colectivo. En ese mismo orden de ideas los hechos punibles para cuya averiguación y castigo es menester instancia de parte, el perdón del ofendido extingue la acción penal, pero no hace cesar la ejecución de la condena sino en aquellos casos establecidos por la ley. Y en un arrebato de dignidad en cuanto a los alcances y límites del perdón, este cuando es obtenido por uno de los reos alcanza también a los demás, sin embargo, el perdón no produce efecto respecto de quien se niegue a aceptarlos.

Si no hay suerte.

Solo el cumplimiento de la condena extingue la responsabilidad criminal.[33]

33 Artículo 105 del Código Penal

Sobre la Prescripción

La prescripción, es un delicado tema, que justifica que tiempo después una persona que ha realizado una actividad considerada como delito, deje de ser objeto de la persecución penal que poco antes era susceptible de tal actividad. Por ejemplo, si una persona dio muerte a otra en enero del año 2000, sino fue perseguido penalmente en principio sólo hasta enero del año 2015 podría serlo, y aunque pudiese ser identificado e individualizado y probado que esa persona dio muerte a otra en los términos en que se considera delito, pero se hace en febrero del año 2015 no será posible su persecución penal.

El Estado, se ve obligado a dar un valor económico a la vida que tiene la expectativa de justicia (cosa inexplicable en el modelo de producción de mercancías en el que vivimos) y establece un lapso de tiempo para la destinación de recursos a la investigación y tratamiento policial y judicial de un hecho y lo hace en proporción de la importancia política de estos hechos, así por ejemplo los delitos relacionados con el comercio de mercancías como la droga, que presupone intereses económicos de mayor envergadura, prescriben de forma tardía, permitiendo que aquellos involucrados en estos delitos puedan, si forma parte del circulo económico que puede darse el lujo de "desaparecer" por varios años sin afectar su estilo de vida, ya que son grandes "capos" del negocio y así escapar de su responsabilidad penal, contrario a sus posibles competidores menos privilegiados económicamente que se verían afectados por dichas normas penales.

El derecho nos enseña que el tiempo destruye todo, es cierto, hasta nuestros derechos. La acción penal es igualmente vulnerable al paso del tiempo, a través y sólo a través de la figura de la prescripción. Al respecto el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, el 25 de junio de 2011, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, resolvió lo siguiente:

> *"…La mayoría de los derechos son susceptibles de perderse por la inacción de sus titulares durante el plazo fijado por la ley y, aunque el artículo 1952 del Código Civil, al definirla, se refiere a la liberación de obligaciones, otras normas se remiten a derechos (artículo 1979,*

por ejemplo), y otras a acciones (artículo 108 del Código Penal, por ejemplo), por lo que una figura netamente procesal, como la acción, puede perderse por su falta de ejercicio dentro del plazo fijado por la ley.

La prescripción es una institución distinta a la caducidad (aunque ambas persiguen mantener la certidumbre y la seguridad en las relaciones jurídicas) y se caracteriza por tres elementos:

a) La existencia de un derecho o una acción que se pueda ejercitar;

b) El transcurso del plazo fijado por la ley para ejercer el derecho a la acción;

c) El no ejercicio (inacción) del derecho, o la acción por parte del titular, al omitir los actos que caracterizan tal ejercicio.

En los tres elementos señalados coinciden la prescripción y la caducidad, pero ambas difieren en que la prescripción puede interrumpirse, comenzando de nuevo a correr el término de la prescripción extintiva desde el acto interruptivo, mientras que la caducidad no es susceptible de interrupción, sino de impedimento; por lo que el plazo de caducidad es fatal, la actividad impeditiva tiene que realizarse dentro de él y, agotado dicho término, el mismo no se reabre como en la prescripción."

Hemos querido traer desde muy temprano la idea de la caducidad, para extirparla de modo igualmente temprano. La caducidad de la acción penal es incompatible con nuestro Estado de Derecho. Ya que confundir el lapso para la interposición del Acto Conclusivo, luego de haberse imputado e individualizado al presunto autor o autores de un delito, como hemos podido apreciar con alguna preocupación en nuestra humilde experiencia judicial, implicaría la extinción de la acción penal, y por tanto podría implicar incluso una puerta abierta a la impunidad, o al atajo procesal para la evasión del proceso.

En atención a ello, debemos hacer referencia a una muy directa jurisprudencia en la que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, en fecha 2 de octubre de 2004, en la que se expone lo siguiente:

> *"…la consecuencia, en definitiva, de la no presentación del correspondiente acto conclusivo es el archivo judicial: no es del sobreseimiento que puede decretar el Juez de oficio (dentro de la Audiencia preliminar, según los artículos 33.4 y 330.3 del Código Orgánico Procesal Penal, o del Juicio Oral, conforme al artículo 364 eiusdem) o por solicitud del Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 320 de la citada ley adjetiva, y por actualización de alguno de los supuestos que describe el artículo 318 de la misma ley. Se concluye, entonces que, tal como lo decidió la alzada penal, fue contrario a derecho el decreto de sobreseimiento que expidió el Tribunal de Control, respecto de la referida causa penal que se le sigue al quejoso de autos.*
>
> *…como antes se explicó, la única consecuencia que podía derivar de la no presentación, en definitiva, del correspondiente acto conclusivo, por parte del Ministerio Público, era el archivo judicial, no el sobreseimiento, pues éste es procedente sólo por alguna de las causas que, de manera taxativa, establece el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal, dentro de las cuales, ciertamente, no figura el retardo fiscal para la presentación del acto conclusivo que corresponda…".*

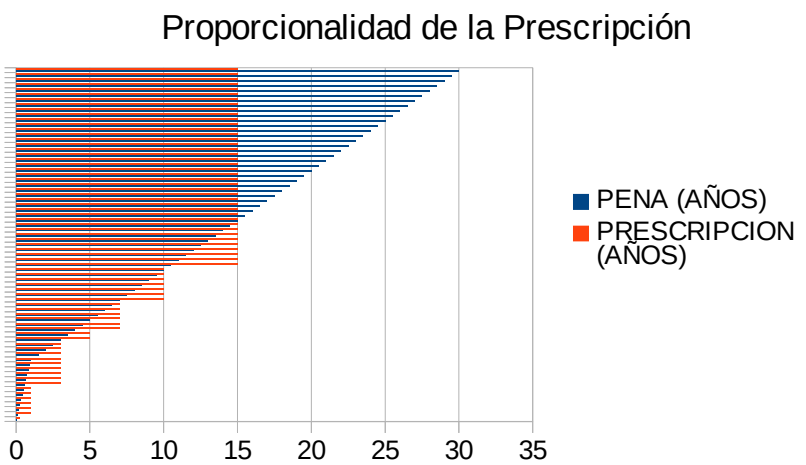
Por tanto debemos concluir que el lapso de dado al Ministerio Público para la presentación del acto conclusivo no es un término de caducidad, no podría serlo cuando incluso uno de los actos conclusivos es el sobreseimiento.

Ahora bien la prescripción en materia penal, toda vez que si implica un término fatal al proceso (y por tanto a las víctimas

directas e indirectas de las acciones que se consideran dañosas socialmente), tiene no un término único, sino por el contrario "proporcional" a la pena, así como también la posibilidad de su interrupción, con el consecuente reinicio del conteo prescriptivo.

Sin embargo es bueno aclarar que la prescripción no está basada en la proporcionalidad penal, sino en el entendimiento subjetivo del tiempo. Y además como antes señalamos existen formas de interrupción de la misma que reinician su conteo, técnicamente no se puede hablar de una extensión pero en la práctica el tiempo se extiende simplemente.

Si no se presenta un hecho que interrumpa la prescripción esta tendría la proporcionalidad que se aprecia en el Gráfico siguiente:



El artículo 108 del Código Penal establece los rangos temporales de la prescripción de la acción penal:

> Artículo 108. Salvo el caso en que la ley disponga otra cosa, la acción penal prescribe así:
> 1. Por quince años, si el delito mereciere pena de prisión que exceda de diez años.
> 2. Por diez años, si el delito mereciere pena de prisión mayor de siete años sin exceder de diez.
> 3. Por siete años, si el delito mereciere pena de prisión de siete años o menos.

> 4. Por cinco años, si el delito mereciere pena de prisión de más de tres años.
> 5. Por tres años, si el delito mereciere pena de prisión de tres años o menos,arresto de más de seis meses, relegación a colonia penitenciaria, confinamiento o expulsión del espacio geográfico de la República.
> 6. Por un año, si el hecho punible sólo acarreare arresto por tiempo de uno a seis meses, o multa mayor de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o suspensión del ejercicio de profesión, industria o arte.
> 7. Por tres meses, si el hecho punible sólo acarreare pena de multa inferior a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), o arresto de menos de un mes.

Pero insistimos la prescripción no es continua, sino que puede interrumpirse o suspenderse en tiempo una vez comienza a correr. Este comienzo data del momento de la realización material del delito, en aquellos casos de delitos de consumación inmediata, en los delitos que admiten una realización continuada, en el momento en que el sujeto pasivo realiza el último acto de ejecución del delito. Y en el caso de delitos "permanentes" en el momento en que abandonan el carácter de permanente, es decir cuando el sujeto pasivo realiza el último acto de ejecución del delito.[34]

Suspensión de la Prescripción.

Iniciado un proceso penal y en caso de que exista un asunto civil relacionado específicamente con el estado civil de una de las personas, y que a los efectos de la determinación de la responsabilidad penal de la imputada o imputado, sea menester su resolución el juez o jueza otorgará un plazo de hasta 30 días para que se intente la acción civil, y suspenderá el proceso hasta por seis meses. Si el asunto no ha sido resuelto al termino, se levantará la suspensión y el juez o la jueza, resolverá el asunto conforme a la pruebas, que la legislación civil sean admisibles y y se hayan incorporado al asunto. [35] Durante estos lapsos en que el proceso se suspende ocurre lo propio con la prescripción de la acción penal.

Durante la suspensión el tiempo transcurrido desde el momento en que empieza a correr el lapso prescriptivo hasta el momento en que se suspende la prescripción, no es afectado, es decir, se

34 Artículo 109 (encabezado) del Código Penal.
35 De nuestros comentarios al artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal. Osechas (2022) *Código Orgánico Procesal Penal 2021 Breves Notas, Jurisprudencia y Legislación Relacionada.*

computará a los efectos de la prescripción y continuarán agregándose días, meses y años, una vez cese la suspensión del proceso. Otros casos en donde la suspensión de la prescripción tiene lugar en en aquellos casos en los cuales se necesita autorización especial, como por ejemplo para el enjuiciamiento de algunos Altos Funcionarios Públicos.

De la Prescripción Judicial[36]

Como señalamos antes el Estado da un valor económico a la vida que tiene la expectativa de justicia y establece un lapso de tiempo para la destinación de recursos al tratamiento judicial de un hecho y lo hace en proporción de la importancia política de estos hechos, es decir, no se permitirá una actividad ilimitada de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido si un juicio, por razones no imputables al presunto autor del quebrantamiento de la norma penal, se extendiese por un tiempo equivalente al lapso de prescripción aumentado a la mitad, la acción penal deberá ser declarada prescripta por el juez o la jueza.

En aquellos casos en donde la ley penal implica término de prescripción menor a un año, esta se interrumpirá con cualquier acto de procedimiento, pero si al termino de un año desde que comienza a correr la prescripción no hay una sentencia condenatoria, la causa se tendrá por prescrita.

Finalizar por el principio: Antecedentes Penales.

La lista de los condenados, para darle al Registro de Antecedentes penales un nombre más teatral, al tiempo que uno más preciso. Registro de Antecedentes Penales, es una base de datos que contiene respecto de las y los condenados (aquellos a los que un tribunal impuso una pena) los siguientes datos a tenor de la reciente Ley de Antecedentes Penales (2022), que por cierto es también una ley penal.

> **Artículo 10.** En el Registro de antecedentes penales se hará constar para cada condenado los siguientes datos:

36 Código Penal. Articulo 110.

1. Nombres.
2. Apellidos.
3. Cédula de identidad.
4. Sexo.
5. Fecha de nacimiento.
6. Lugar de nacimiento
7. Nacionalidad o nacionalidades.
8. Estado civil.
9. Delito o falta a que se refiere la sentencia condenatoria.
10. Admisión de hechos.
11. Acuerdos reparatorios.
12. Suspensión de la ejecución de la pena.
13. Agravantes o atenuantes.
14. Carácter primario o reincidente.
15. Penas impuestas.
16. Tribunal que impuso las penas.
17. Reparación de daños a la víctima.
18. Lugar o establecimiento penitenciarios de cumplimiento de la condena.
19. Los datos que se puedan obtener a través de herramientas tecnológicas para su identificación plena.
20. Las demás establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, reglamentos y resoluciones

La lista de los condenados (de verdad que buen nombre para una película), tuvo en sus inicios una connotación esencialmente de discriminación social. Los mal llamados Expresidiarios o las Expresidiarias, nunca han sido bien recibidos por empleadores públicos o privados, ni por la sociedad en general. Al final todos coinciden en que las penas que hemos estudiado, son tan eficaces como hemos dicho que son y además son lo que hemos dicho que son. Por lo que disponer de un listado veraz de quienes y por que han sido condenados penalmente siempre se ha visto como algo útil. Los bancos tienen su lista negra de maulas, ¿porqué no tener todos una lista de personas que en definitiva queremos lejos?.

Ahora la connotación que se da a la discriminación por razón del antecedente penal, es otra: Derecho internacional (los países no quieren recibir importaciones de delincuentes) no debemos dejar de señalar que el principal impulsor de la Ley recientemente promulgada es la gran cantidad de personas que requerían y requieren de este documento (debidamente apostillado ademas) en función del llamado “éxodo de venezolanos” producto de la guerra

económica. Otro validador son las llamadas razones de Seguridad de la Nación: no pueden ser miembros de la *force public*, las personas de dudosa moralidad. Incluso en nuestra constitución ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad, es uno de los requisitos para ser Magistrada o Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, Defensor o Defensora del Pueblo, y Fiscal General de la República y adivinen que documento destruye la presunción de honorabilidad de una persona.

La novisima Ley de Registro de Antecedentes Penales, hace un esfuerzo, por conciliar, la necesidad de la base de datos o lista de condenados, frente a los tratados y convenios internacionales, así como a nuestro propio ordenamiento jurídico y la idea de la discriminación por razón de la historia criminal del ciudadano cuyo nombre está inserto en esa lista.

Sin embargo, su propia existencia es un acto de discriminación (uno legal) y quizás hasta constitucional (por el asunto de los pactos internacionales) pero igualmente discriminatorio y revelador además que las razones de los prejuicios que dicho acto de discriminación supone, tienen validez. Lo que en el mejor de los casos es un argumento a favor de las críticas que hoy presentamos en esta obra.

EDITADO
PARA SU DISTRIBUCIÓN
DIGITAL GRATUITA

Por Olga Osechas

Caracas, Octubre de 2022